

Les réformes juridiques chinoises entre harmonie imposée et représentations

Pr. Hélène Piquet

Université du Québec à Montréal
Faculté de Science Politique et de Droit
Département des Sciences Juridiques

1. Les multiples fondements des réformes juridiques chinoises en cours

1.1 La circulation des modèles juridiques dans la Chine des réformes

1.2 Les récents débats doctrinaux chinois relatifs aux paradigmes locaux

2. Les réformes juridiques dans la «société harmonieuse» : images et contraintes

2.1 La prégnance de la tradition juridique chinoise impériale, une question ouverte

2.2 La figure du juge : un travailleur de l'État sous influence

2.3 Des aspects méconnus du système judiciaire chinois

Lorsqu'en 1978 Deng Xiaoping lance la politique dite de réforme et d'ouverture, la nouvelle intéresse, certes, mais la Chine, alors, ne suscite pas le même intérêt qu'en ce début de XXI^e siècle. En effet, la Chine s'ouvrait à peine, pour la première fois depuis la prise du pouvoir par le Parti Communiste Chinois en 1949. Nul ne savait la direction qu'elle allait adopter dans la mise en œuvre de cette nouvelle politique. Ainsi, le législateur chinois décide de recourir, à grande échelle, aux transferts de droit afin d'accélérer les réformes juridiques. Les juristes chinois sont alors invités à puiser, selon

les besoins, dans les modèles juridiques occidentaux, autrefois décriés¹. Ce fait passe largement inaperçu en Occident. Il faut attendre le milieu de la décennie 1990 pour que des maisons d'édition comme Kluwer ou Sweet and Maxwell Asia ne commencent à publier des ouvrages sur le droit chinois². À la même période, plusieurs projets de coopération juridique avec la Chine voient également le jour³. La connaissance du droit chinois progresse donc en Occident. Cela étant, elle demeure encore limitée. Tout d'abord, quelles sont les motivations qui sous-tendent les réformes juridiques chinoises ? S'agit-il d'une approche purement instrumentaire du droit, visant simplement à outiller la Chine pour son insertion sur le marché mondial ? Comment, pour leur part, les juristes chinois perçoivent-ils l'ensemble du processus des réformes juridiques ? Quels débats les animent ? Dans un deuxième temps, la rhétorique de la « société harmonieuse » influence nettement plusieurs aspects des réformes juridiques en cours. Plus précisément, quel impact revêt-elle sur les imaginaires chinois et occidentaux par rapport à la tradition juridique chinoise et au rôle du juge ? Comment, dans les faits, cette rhétorique tend-elle à transformer des aspects du système judiciaire chinois que nous croyons comprendre, vu d'Occident ? Telles sont les questions traitées dans ce texte.

1. Les multiples fondements des réformes juridiques chinoises en cours

Les motivations ayant présidé au lancement des réformes juridiques chinoises tiennent à deux registres de considérations. Tout d'abord, la politique de réforme et d'ouverture génère des besoins nouveaux dans le domaine du droit, en raison de l'arrivée, souhaitée, des investisseurs étrangers et de l'insertion de la Chine sur le marché mondial. À cette toile de fond aux consonances utilitaristes s'ajoute le désir de réhabiliter, au moins partiellement, le recours au droit afin de régir la société chinoise. Il

¹ Yan Wang *Chinese Legal Reform. The Case of Foreign Investment Law*, London, Routledge, 2002, à la p. 13.

² Voir les ouvrages de Jianfu Chen, *From Administrative Authorization to Private Law. A Comparative Perspective on the Developing Civil Law in the People's Republic of China*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1995 Jianfu Chen, *Chinese Law. Towards an Understanding of Chinese Law, its Nature and Development*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

³ Sophia Woodman, « Aide bilatérale et droits de l'homme. Les donateurs devraient adopter une stratégie plus cohérente », (2003) 80 *Perspectives Chinoises* 28.

s'agit en effet d'éviter que l'arbitraire et l'absence d'imputabilité des dirigeants chinois ayant marqué la période maoïste ne perdurent. Aussi assiste t-on à une relative percée de la règle de droit depuis 1978, laquelle ne va pas sans heurts. Les juristes chinois, pour leur part, se lancent dans l'étude des modèles juridiques de common law et de droit civil avec un grand intérêt. Leurs ressources matérielles, dans cette Chine meurtrie par la période maoïste, sont limitées. Cependant, le travail va bon train et certaines tendances se font jour, au fil du temps, eu égard aux modèles juridiques en présence. Par la suite, certains juristes chinois lancent un autre débat, qui se poursuit à ce jour, relatif au bien-fondé de privilégier les modèles juridiques étrangers (lire: occidentaux) plutôt que les paradigmes locaux comme fondement des réformes juridiques chinoises.

1.1 La circulation des modèles juridiques dans la Chine des réformes

Les juristes chinois ont embrassé avec enthousiasme la cause de la réforme du droit. Le recours, assez systématique, aux transferts de droit, par le législateur chinois, a alimenté des recherches en droit comparé dans les milieux juridiques chinois. Les débats entre Kahn-Freund et Watson sont familiers aux juristes chinois, qui ont par la suite développé une riche doctrine sur le sujet à laquelle il sera fait référence au cours de ce texte. Or, très peu de juristes sinologues occidentaux ou de juristes chinois basés en Occident ont jugé les débats chinois relatifs aux transferts de droit dignes d'intérêt. Jianfu Chen catégorise le rapport des juristes chinois aux modèles juridiques étrangers comme relevant d'une approche purement instrumentaire⁴. Il serait vain de nier une part d'instrumentalisme dans le cas chinois. Toutefois, comme le souligne à juste titre William P. Alford, les juristes occidentaux ont beau jeu de taxer d'instrumentaire l'approche des juristes chinois alors que l'intérêt de l'Occident envers le droit chinois repose largement sur cette approche⁵. En outre, se limiter à une telle catégorisation constitue une forme d'essentialisme, par nature réducteur, de la pensée juridique chinoise. Plusieurs auteurs chinois s'intéressent véritablement aux modèles juridiques occidentaux, dans une perspective souvent dénuée d'utilitarisme. Les articles sur

⁴ Jianfu Chen, *Chinese Law...supra* note 2 à la p. 358.

⁵ William P. Alford, «A Second Great Wall ? China's Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction», (1999) 11:2 *Cultural Dynamics* 193 à la p. 204.

diverses institutions en common law ou en droit civil abondent dans les revues de droit chinois⁶ sans que les sujets choisis pour étude ne soient tous reliés aux réformes en cours. Enfin, les débats chinois en cours sur les transferts de droit méritent qu'on leur accorde un intérêt plus soutenu car ils permettent de mieux saisir les sensibilités en cause ainsi que les appréciations critiques des modèles juridiques occidentaux formulées par la doctrine. Aussi faudrait-il suivre les débats en cours, un peu à la manière d'un rapporteur, sans parti pris, afin de permettre une meilleure compréhension des interlocuteurs chinois sans laquelle aucun véritable échange n'est possible.

Un trait de la pensée chinoise influence profondément les transferts de droit en cours : le syncrétisme⁷. La Chine vit bien avec le trois, tel que le rappelle François Cheng⁸. La pensée chinoise s'accommode bien des contraires et privilégie une certaine fluidité⁹. La Chine est capable de s'approprier un modèle étranger et de l'adapter, tel que l'illustre le cas du bouddhisme Chan, école purement chinoise¹⁰. Or, ce syncrétisme, appliqué à la sphère du droit, se traduit par une tendance aux emprunts simultanés à la common law et au droit civil, parfois au sein d'un même instrument juridique¹¹. Ce vieux trait de la pensée chinoise est une donne avec laquelle l'Occident doit composer et ce, même si certaines de ses manifestations, dans le contexte juridique, déroutent les juristes occidentaux attachés à l'idée de «système juridique».

En effet, la cohabitation de divers modèles juridiques dans une même loi dérange certains auteurs¹², qui y voient des agencements malheureux, tels le cas de l'incorporation du «indirect agency» dans la *Loi sur les contrats de République Populaire de Chine*. Mais il y a plus: c'est l'intégrité d'un modèle juridique dans son entier qui est en cause dans l'esprit de Wolff et Ling. Ils ont catégorisé la *Loi de République Populaire de Chine sur les contrats* comme appartenant au modèle romano-germanique et il en découle

⁶ Les index anglais de revues comme *Xiandai Faxue*, *Faxue Yanjiu*, *Faxue Jia*, *Zhengfa Luntan*, *Zhongguo Faxue*, entres autres, constituent une mine de renseignements sur les sujets qui occupent les juristes chinois.

⁷ Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Paris, Seuil, 1997, à la p. 30.

⁸ François Cheng, *Le Dialogue*, Paris, Desclée de Brouwer, 2002, à la p. 87.

⁹ Jacques Gernet, «Sur la notion de changement», dans Jacques Gernet dir, *L'intelligence de la Chine*, Paris, Gallimard, 1994, 323 à la p. 325.

¹⁰ Anne Cheng, *supra* note 7 à la p. 373.

¹¹ *Loi sur les contrats de République Populaire de Chine*, Adoptée et promulguée par la deuxième session de la neuvième Assemblée Populaire Nationale le 15 mars 1999 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1999.

¹² Lutz-Christian Wolff et Bing Ling, «The Risk of Mixed Laws: The Example of Indirect Agency Under Chinese Law», (2002) 15 *Colum. J. Asian L.* 173

qu'aucun mélange avec la common law ne devrait être toléré¹³. Or, une telle approche est très éloignée du rapport que les juristes chinois ont noué avec les modèles juridiques étrangers. Ils adoptent une perspective externe à ceux-ci et, à l'exception de Liang Huixing¹⁴, ne voient pas d'enjeux identitaires dans l'adoption de l'un ou l'autre modèle. C'est dire que ce registre de susceptibilités n'arrêtera pas les juristes chinois, mûs par par une quête de modernité plutôt que par le souci de cohérence interne du droit légiféré issu des modèles empruntés¹⁵.

En effet, si les juristes occidentaux issus de chaque tradition sentent une concurrence entre les modèles en présence, ce point de vue n'est pas forcément partagé par les juristes chinois. Ils peuvent sans doute percevoir l'esprit de rivalité qui habite certains coopérants occidentaux appelés à échanger avec eux¹⁶ mais ils ne se sentent liés par ces sentiments. Pour Wang Liming et Jiang Ping, d'ailleurs, les différences entre la common law et le droit civil tendraient à s'estomper¹⁷. Certes, la Chine a fait un pas important vers le droit civil en adoptant un projet de Code civil en décembre 2002. Cependant, alors que le contenu même du Code, et notamment la part de common law qui devrait y figurer, n'est pas déterminé de manière définitive, d'autres facteurs contribuent à l'omniprésence de la common law.

Tout d'abord, la common law faisait l'objet d'études en Chine pendant la période républicaine¹⁸. Depuis l'ouverture, par ailleurs relative, de la Chine à l'Occident en 1978, la réunification avec la région autonome spéciale de Hong-Kong, régie majoritairement par la common law depuis le milieu du XIXe siècle, pose de manière insistante la question du contenu du droit légiféré issu des réformes juridiques chinoises. Ce point a

¹³ *Ibid.* à la p. 192.

¹⁴ Il est le plus ardent partisan du modèle romano-germanique et irréductiblement hostile au moindre emprunt à la common law. Liang Huixing, «Songsanshi, huibianshi de minfadian bu fuhe Zhongguo guoqing» [La compilation distendue du Code civil ne correspond pas aux caractéristiques chinoises], (2003) 1 *Zhengfa Luntan* 9 aux pp. 9-10.

¹⁵ He Qinhu, «Fa de yizhi yu fa de bentuhua» [Les transferts de droit et le droit comme ressource locale], (2002) *Zhongguo Faxue* 3. À la page 8, He affirme que le droit chinois doit être «modernisé». Voir aussi Wang Liming. «Lun wo Guo Minfadian de zhiding» [Propos sur l'élaboration du Code civil de mon pays], (1998) 5 *Zhengfa Luntan* 44 à la p. 50.

¹⁶ Entretiens privés de l'auteure avec des juristes chinois en Chine et en Occident

¹⁷ Wang Liming, «Lun wo Guo...», *supra* note 15 à la p. 50; Jiang Ping, «Zhiding Minfadian de jidian hongguan sikao» [Quelques réflexions à l'occasion de l'élaboration du Code civil], (1997) 3 *Zhengfa Luntan* 26 à la p. 27

¹⁸ Alison W. Corner, «The Comparative law School of China» dans C. Stephen Hsu dir, *Understanding China's Legal System. Essays in Honor of Jerome A. Cohen*, New York, New York University Press, 2003, 210 à la p. 213.

été soulevé avec pertinence par le juriste Jiang Ping¹⁹. Il estime qu'à terme, il est impossible de transférer dans son entier en Chine tant la common law que le droit civil²⁰. Il faudra composer avec une part de chaque, selon les domaines de droit en cause. Si cette position fait consensus, alors, il serait vain, en Occident, d'attendre de la Chine qu'elle procède à un choix exclusif entre la common law et le droit civil.

La common law circule de plusieurs manières en Chine. Les étudiants chinois choisissent majoritairement des pays rattachés à la common law pour leurs études à l'étranger. Ils en reviennent imprégnés du vocabulaire et des concepts de cette tradition. Lorsqu'ils rédigent des articles, leurs sources occidentales sont aussi issues de la common law²¹. L'anglais est la première langue étrangère en Chine et ce fait pèse lourdement sur l'influence respective du droit civil et de la common law. Les Etats-Unis, très présents en Chine, comptent à la fois plusieurs experts étrangers enseignant dans des Facultés de Droit et nombre de gens d'affaires faisant office d'agents informels de diffusion de la common law²². Cependant, d'après He Mei Huan, l'enseignement, dans les Facultés de droit en Chine accorde une place importante au modèle juridique de droit civil, en particulier allemand²³. Elle fait état d'un sentiment général d'hostilité très net à l'endroit de la common law, ce qu'elle déplore²⁴. Aussi l'impact réel de la common law en Chine demeure-t-il difficile à évaluer, mis à part les emprunts visibles dans le droit légiféré, surtout en matière commerciale.

La présence francophone en Chine est beaucoup plus réduite, tant par rapport au nombre d'entreprises que par rapport au nombre d'experts juridiques étrangers qui enseignent dans les Facultés de Droit. Dans ce contexte, l'influence du modèle de droit civil en Chine est assez difficile à défendre dans le long terme. L'actuel projet de Code civil chinois, d'ailleurs, n'est pas rattaché à des contacts avec des juristes occidentaux de droit civil. Les débats sur le projet sont «sino-chinois» et les juristes occidentaux de droit civil n'ont pas été conviés dans l'entreprise.

¹⁹ Jiang Ping, *supra* note 17 à la p. 27.

²⁰ *Ibid.* à la p. 28.

²¹ Les notes de bas de pages des articles des juristes chinois sont à cet égard révélatrices.

²² Jacques de Lisle, «Lex Americana ? : United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond», (1999) 20 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 179 à la p. 202.

²³ He Mei Huan, *Lun dangdai Zhongguo de putong fa jiaoyu* [Propos sur l'enseignement de la common law en Chine contemporaine], Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe, 2004 à la p. 1

²⁴ *Ibidem.* Tout son ouvrage constitue un vibrant plaidoyer en faveur d'un enseignement plus poussé de la common law en Chine.

Un mot doit être dit des regards chinois sur la common law et sur le droit civil. Chaque modèle compte ses partisans, certains, tels Liang Huixing à l'endroit du droit civil, plus fervents que d'autres. Le modèle romano-germanique attire en raisons de plusieurs de ses caractéristiques, notamment: le caractère de système, un langage accessible, sa cohérence interne ²⁵. La common law, pour sa part, est réputée plus flexible, mieux à même de s'adapter rapidement aux changements sociaux que la tradition de droit civil, associée à la rigidité²⁶. Cependant, on ne peut passer sous silence la présence d'un camp syncrétique, favorable tout autant aux emprunts à la common law qu'au droit civil. À cet égard, les positions de Wang Liming résument assez bien une attitude fort répandue en Chine: pour les fins de rendre «moderne» le droit chinois, il est légitime de puiser à la common law ainsi qu'au droit civil. Une telle position surprend elle vraiment ? Dans la perspective de la longue tradition chinoise, marquée par le syncrétisme, la réponse doit être négative.

Condamner le syncrétisme au nom de l'atteinte qu'il porte à l'idée de la cohérence de «systèmes juridiques» est une voie porteuse de conflits avec les juristes chinois.

1.2 Les récents débats doctrinaux chinois relatifs aux paradigmes locaux

La Chine a été humiliée au XIXe siècle par les puissances occidentales et que ce souvenir demeure vivace aujourd'hui²⁷. Un nationalisme, qui se décline sur plusieurs modes, habite la Chine du XXIe siècle²⁸. Or, ce nationalisme rejaillit aussi dans la sphère juridique. En effet, tout le débat chinois sur les transferts de droit se déroule sur toile de fond nationaliste. Lorsque le législateur autorise, en 1978, les juristes chinois à emprunter aux modèles juridiques occidentaux, cette décision, à long terme, ravive le caractère heurté du rapport de la Chine avec l'Occident. Des voix s'élèvent pour dénoncer la prégnance des traditions juridiques occidentales comme unique point de référence pour les réformes juridiques en cours. En fait, le débat a pris de telles

²⁵ Liang Huixing, *supra* note 14 aux pp. 9-11.

²⁶ Wang Liming, «Lun wo Guo...», *supra* note 15 à la p. 50.

²⁷ Jean-Pierre Cabestan, «Les multiples facettes du nationalisme chinois» (2005) 88 *Perspectives Chinoises* 28 à la p. 30.

²⁸ *Ibid.*, aux pp. 34-35. Entre autres, il faut distinguer le «nationalisme d'État» du «nationalisme populiste».

proportions qu'un magistrat chinois a rédigé un texte visant à dissocier les transferts de droit en Chine de la supposée «occidentalisation»²⁹ du droit chinois. Les susceptibilités identitaires demeurent vives. Zhu Suli, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Beijing, devient dans la décennie 1990 le chef de file du mouvement en faveur des paradigmes locaux ou «*bentuhua*», influencé par les travaux de Clifford Geertz sur le savoir local³⁰. En réalité, le terme «*bentuhua*» revêt deux sens. Zhu Suli l'emploie dans le sens de «paradigme local» mais il veut également dire «rendre local», à propos d'un emprunt étranger à la tradition chinoise³¹. Dans le premier sens, *bentuhua* possède une connotation nativiste, axée sur le retour à la tradition nationale comme seule source à laquelle puiser afin d'alimenter les réformes juridiques. Dans le second sens, le terme permet alors l'emprunt à une source étrangère car il sera adapté de manière à devenir compatible avec la tradition nationale. Dans cette perspective, la question se pose de savoir ce qui, de l'institution ou règle transférée, subsiste après ce processus. Afin de formuler une réponse à cette question, il serait nécessaire d'effectuer des recherches en se concentrant sur le sort réservé à des institutions précises une fois transférées dans le contexte chinois.

Zhu Suli s'est défendu d'être opposé aux transferts de droit comme outils de réforme juridique³². Cependant, il a exposé son scepticisme eu égard à leur bien-fondé dans le cas chinois en raison de différences dans les fondements des modèles juridiques en présence. Le droit transplanté d'origine occidentale serait trop éloigné de la tradition chinoise pour pouvoir véritablement prendre racine dans son nouvel environnement. D'autres juristes lui ont, depuis, emboîté le pas, à divers degrés. Leur réflexion prend plusieurs directions, opposées, liées à leur appréciation de la tradition juridique chinoise.

Ainsi, Sun Hong Kun réfléchit sur les difficultés de réception de la justice procédurale dans le contexte chinois en avançant deux éléments d'explication. La première source de difficultés résiderait selon lui dans la prégnance des conceptions de

²⁹ Gong Pixiang, «Guojihua yu bentuhua : fazhi xiandaihua de shidai taozhan» [Internationalisation et bentuhua: les défis actuels de la modernisation du système juridique], (1997) 1 *Faxue Yanjiu* 87 à la p. 92.

³⁰ Voir Zhu Suli, dir. *Fazhi qi bentu ziliao* [L'État de droit et les ressources locales], Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe, 1996.

³¹ Autrement dit, ce terme peut aussi vouloir dire que la règle ou institution transférée a fait l'objet d'un processus d'adaptation en fonction du contexte de réception.

³² Pour un résumé des positions de Zhu Suli voir Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, aux pp. 146-148.

la justice héritées de l'époque impériale³³. Toutefois, la cause la plus importante serait indéniablement l'absence d'une tradition de démocratie et de véritable État de droit en Chine³⁴. Une des conséquences de cette situation réside dans l'inexistence d'une société civile au sens habituellement entendu en Occident, impliquant un rapport de séparation entre l'État et les membres de cette société³⁵. Dans ce contexte, la réception de la justice procédurale est sujette à caution et se heurte à plusieurs défis de taille. Toutefois, Sun conclut en affirmant que si ce concept devient suffisamment local, c'est-à-dire adapté aux valeurs de la société chinoise actuelle, lesquelles forment le contexte de réception, alors, la tradition juridique progressera en se transformant³⁶. Ce faisant, il rejoint la conviction, exprimée il y a presque un siècle, de Shen Jiaben selon laquelle il était possible, jusqu'à un certain point, de concilier les modèles juridiques importés avec la tradition juridique chinoise³⁷.

La démarche de Zhu Suli a le mérite d'attirer l'attention sur une des questions centrales à l'entreprise des transferts de droit, soit celle du lien entre le droit et la culture. Surtout, le débat sur le «*bentuhua*» met en lumière la susceptibilité de certains juristes chinois qui voient dans le recours aux modèles juridiques étrangers un désaveu de la tradition juridique chinoise³⁸. Tout récemment, Guo Zhong reprend cet argumentaire. Il ne renvoie jamais explicitement à la théorie du *bentuhua* formulée par Zhu Suli, s'appuyant sur le postulat que le lien entre le droit et son contexte est si étroit que les transferts de droit sont voués à l'échec³⁹.

Guo Zhong affirme que la Chine connaît une crise de confiance dans le droit, phénomène selon lui inconnu tant que le confucianisme, fondement du droit chinois, régnait sans conteste comme fondement spirituel de la société chinoise⁴⁰. La cause de cette crise résiderait dans le recours aux modèles juridiques étrangers, dont les fondements sont incompatibles avec la société chinoise. Les transferts de droit auraient

³³ Sun Hong Kun, «Chengxu Zhengyi de Zhongguo Yujing» [Le contexte chinois de la justice procédurale] (2006) 5 *Zhengfa Luntan* 137 à la p. 139.

³⁴ *Ibid.* à la p. 140.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Sun Hong Kun, *supra* note 33 à la p. 143.

³⁷ Zhang Qinfan *et al.*, *Zhongguo Fazhi shi* [Une histoire du système juridique chinois], Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe, 1999 à la p. 392.

³⁸ Les positions de Zhu Suli s'inscrivent aussi en réaction à cette dévalorisation ressentie.

³⁹ Guo Zhong, «Lun Dangdai Zhongguo Shehui Zhuanxing Shiqi. Falü de Shehui Jingshen Jichu» [L'esprit et les fondements sociaux du droit dans la transformation sociale de la Chine moderne] (2006) 4 *FaxueJia* 77 à la p. 81.

⁴⁰ *Ibid.* à la p. 78.

induit une rupture entre le droit et la société chinoise⁴¹, la population ne pouvant plus s'identifier aux valeurs explicites et sous-jacentes des règles et institutions transférées.

Il estime que les juristes chinois ont subi une perte d'identité à partir des Guerres de l'Opium car la tradition chinoise a fait l'objet d'attaques répétées depuis⁴². Il dénonce la croyance, qu'il attribue à l'ensemble des juristes chinois, selon laquelle seuls les modèles juridiques étrangers peuvent servir d'inspiration pour les réformes juridiques en cours. Après de longs développements, il propose comme remède à cette crise de réhabiliter le confucianisme, en particulier le *li* et aussi *ren*, soit la bienveillance⁴³. En pratique, Guo Zhong applique exactement la théorie du *bentuhua*, dans un esprit marqué par une certaine forme de nationalisme juridique.

Ce texte, qui date de la fin de l'année 2006, est révélateur de la persistance d'une crispation identitaire chez certains juristes chinois. Il est publié dans une revue de droit chinois très reconnue, *Faxuejia*, de la Faculté de droit de l'Université Renmin à Beijing.⁴⁴ Il faut donc tenir compte des susceptibilités qu'il traduit. Quelques observations s'imposent. Tout d'abord, il émane de ce texte une vision nostalgique et essentialiste de la tradition juridique chinoise impériale régie par le confucianisme. Or, plusieurs auteurs chinois, dont Sun Hong Kun, sont très critiques face à cette même tradition, qui, au contraire, empêcherait le progrès vers la modernité⁴⁵. Guo Zhong passe totalement sous silence les maux affectant le système judiciaire chinois évoqués en détails par Cai Dingjian⁴⁶. En outre, plusieurs problèmes, notamment la corruption, peuvent expliquer la crise de confiance dans le droit qui sévit selon lui en Chine. En revanche, il fait progresser le débat sur les paradigmes locaux en suggérant le recours au confucianisme comme fondement des réformes juridiques chinoises. Il demeure imprécis sur la portée de cette entreprise et il est impossible de savoir à quelle période du confucianisme il fait référence. Cependant, il s'agit d'un thème méritant d'être suivi attentivement dans les prochaines années.

⁴¹ *Ibidem* à la p. 78.

⁴² *Ibid.* à la p. 81.

⁴³ *Ibid.* aux pp. 84-85.

⁴⁴ Il s'agit d'une des facultés les plus prestigieuses, qui a été dirigée jusqu'à récemment par Wang Liming, membre du comité de rédaction du Code civil chinois. La revue *Faxuejia* fait autorité comme source doctrinale chez les sinologues juristes.

⁴⁵ Sun Hong Kun, *supra* note 33 à la p. 139.

⁴⁶ Cai Dingjian, «Development of the Chinese Legal System Since 1979 and Its Current Crisis and Transformation», (1999) 11:2 *Cultural Dynamics* 135 aux pp. 149-154.

La question se pose de savoir si les réactions de Guo Zhong trouvent quelque fondement lorsqu'on examine les écrits qui circulent en Occident sur le droit chinois. Or, l'appréciation de la tradition juridique chinoise à l'étranger ne peut malheureusement que confirmer les juristes chinois dans leurs craintes relativement à un processus de dévalorisation dont elle fait l'objet par certains. Randall Peerenboom a relevé plusieurs stéréotypes à propos de la tradition juridique chinoise⁴⁷ et ceux-ci ont encore cours. Non seulement la conviction que la Chine impériale ne connaissait pas le droit est-elle fort répandue, mais encore la Chine des réformes est-elle perçue comme une société dénuée de système juridique⁴⁸, très loin du droit. Aussi le terrain des échanges avec la Chine est-il, sinon miné, du moins rempli d'embûches. Les premières tiennent aux rapports interculturels et à l'appréciation des traditions juridiques en présence par les juristes occidentaux et chinois. Il en est cependant des secondes, qui tiennent à la dimension politique et se traduisent par un contrôle constant du Parti Communiste Chinois sur la sphère judiciaire.

La censure pèse lourd sur les travaux des chercheurs. Certes, la Chine s'est ouverte au monde extérieur depuis 1978, mais cette ouverture comporte de nombreuses limites. Les juristes chinois ressentent aussi ces contraintes, à l'occasion⁴⁹. Il est très difficile d'accéder à des informations, dont la nature serait banale pour un chercheur occidental, relatives au système judiciaire chinois, en particulier à ce qui a trait à la fonction judiciaire⁵⁰. Si, d'aventure, les chercheurs étrangers parviennent à se rendre sur le terrain et à interroger des justiciables chinois, ou encore, d'autres acteurs des réformes juridiques en cours, alors, ils font peser un risque sérieux sur la sécurité de

⁴⁷ Randall Peerenboom, «The X-Files : Past and Present Portrayals of China's Alien "Legal System"», (2003) University of California, Los Angeles School of Law Research Paper Series, Research Paper no 03-2, 54 pages.

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 23

⁴⁹ Xu Guodong, professeur spécialiste de droit romain à l'université de Xiamen, dans la province du Fujian, n'a pas pu obtenir le projet de Code civil. Xu Guodong, «Structures of the Three Major Civil Code *Projects* in Today's China», (2004) 19 *Tulane European & Civil Law Forum* 37 à la p. 43. Pour sa part, Sida Liu fait état de plusieurs contraintes ayant affecté son étude de terrain. Sida Liu, «Beyond Global Convergence: Conflicts of Legitimacy in a Chinese Lower Court» (2006) 31 *Law and Soc. Inquiry* 75 à la p. 80.

⁵⁰ Sida Liu mentionne l'impossibilité d'accéder aux décisions des tribunaux faisant l'objet de son étude de terrain, les décisions étant classées information confidentielle. Liu, *supra* note 49 à la p. 80.

leurs interlocuteurs⁵¹. Le degré de problèmes varie d'un cas à l'autre, mais cette question d'éthique de la recherche ne peut être éludée. Il faut prendre en considération les difficultés auxquelles se heurtent les avocats en titre qui acceptent de prendre certaines causes civiles jugées délicates par les autorités mais aussi ceux qui agissent en tant qu'avocats aux pieds nus en matière administrative. Ils doivent constamment trouver un équilibre entre leur rôle de défenseur des justiciables défavorisés et leur protection ainsi que celle des membres de leur famille⁵².

Il faut aussi compter avec le contrôle du Parti Communiste chinois sur l'appareil judiciaire chinois. Un journaliste du New York Times, Joseph Chan, résume un texte paru le 1er février 2007 dans le journal du Parti, *Qiushi*⁵³. Le climat de l'heure en Chine, eu égard aux questions judiciaires, demeure crispé. Un très haut cadre du Parti, M. Luo Gan, y affirme que des forces ennemies tentent d'utiliser le système judiciaire chinois afin d'occidentaliser la Chine et de la diviser. M. Luo exprime sa conviction que le seul moyen de contrer ces développements réside dans un contrôle accru du Parti Communiste sur les avocats, les juges et le parquet. Il a explicitement rappelé que le devoir du personnel judiciaire consiste entre autres à prévenir toute infiltration de nature à porter atteinte à la sécurité nationale. Nul doute que cette atmosphère de méfiance constitue un obstacle de taille pour qui veut suivre l'évolution de la situation en Chine, tous domaines de droit confondus. L'impact de ce climat sur la coopération avec la Chine reste à évaluer mais demeure incontournable.

⁵¹ Ying Xing, «*Yingfa ru Xiang*», «*Jiejìn Zhengyi*»- *Dui Zhongguo XiangCun Chijiao Lushi de ge an Yanjiu*» [Dissemination of Law at Village Level] and «Access to Justice»- A Case Study of «Barefoot Lawyers» in China] (2007) 1 *Zhengfa Luntan* 79 .

⁵² Ying Xing, *supra* note 51 à la p. 90. Deux avocats célèbres, Zheng Enchong de Shanghai et Zhu Jiuhu de Beijing, qui travaillaient sur des dossiers d'évictions illégales des résidents et sur des causes en droit administratif, ont eu de sérieux problèmes avec les autorités. Zheng Enchong a été condamné récemment à 3 ans de prison après avoir dénoncé la collusion entre des cadres du Parti et des promoteurs immobiliers. Pour sa part, Zhu Jiuhu a été détenu par la police dans la province du Shanxi après avoir été accusé de perturber l'ordre social et de tenir des assemblées illégales alors qu'il travaillait sur un dossier de droit administratif. Mei-Ying Gechlik, «Judicial Reform in China: Lessons from Shanghai» (2005) 19 *Colum. J. Asian L.* 97 à la p. 106.

⁵³ Joseph Chan, «Chinese Official Warns Against Independence of Courts», *New York Times*, version électronique du 3 février 2007.

2. Les réformes juridiques dans la «société harmonieuse» : images et contraintes

Certains auteurs chinois estiment que les réformes en cours, initiées par le pouvoir central, demeurent à un niveau très superficiel. La justice procédurale connaît de sérieuses difficultés d'ancrage⁵⁴ en Chine et ce fait comporte des conséquences sur le rapport au droit de la population chinoise, de même que sur le rôle du juge et sur les modes de résolution des différends mis de l'avant par le système judiciaire. Ce qui frappe, c'est la constance dans les appels des juristes chinois à la prise en compte de la «résistance» à la justice procédurale afin de mesurer la portée réelle des réformes en cours⁵⁵. Dans le même temps, certains auteurs font état d'une conscience accrue du droit au sein de la population chinoise. Ces perspectives contrastées appellent une réflexion plus poussée.

Un bref retour sur les textes rédigés par des chercheurs occidentaux relatifs à la réforme du droit en Chine témoigne de la fascination, propre au monde de common law, pour la figure du juge. La tentation est forte d'aborder les réformes en cours, voire certains projets de coopération, en mettant l'accent sur le juge par rapport à d'autres acteurs du système judiciaire chinois. Cependant, que savons-nous, en réalité, du rôle et du statut du juge en Chine ? Enfin, la modification, à l'été 2007, de la *Loi sur la procédure civile*, oriente le système judiciaire vers de nouvelles directions, nous appelant à réviser ce que nous croyons savoir sur ce dernier, vu d'Occident.

2.1 La prégnance de la tradition juridique chinoise impériale, une question ouverte

Les images de la tradition juridique chinoise véhiculées par les auteurs chinois oscillent entre plusieurs représentations de celle-ci. Une première image est fondée sur le paradigme de l'harmonie. Ainsi, tel que le relève Philip Huang, l'appréciation de la place

⁵⁴ Chen Jianfu, «L'application du droit en Chine: une bataille politico-légale», (2002) 72 *Perspectives Chinoises* 28.

⁵⁵ Outre les propos de Jianfu Chen en 2002, voir Sun Hong Kun, pour sa part, s'est prononcé deux fois sur le sujet depuis 2003. Voir Sun Hong Kun, «Chengxu zhengyi» [Justice Procédurale], (2003) 1 *Xiandai Faxue* 89 et Sun Hong Kun, *supra* note 33.

respective de la médiation et des recours devant les tribunaux, eu égard à la période impériale, a longtemps été dominée par «le mythe du chinois non litigieux», répugnant à l'expression de tout conflit et privilégiant invariablement les modes extrajudiciaires de règlement des différends⁵⁶. La place de l'individu, dans la société chinoise impériale, était régie par une «logique relationnelle»⁵⁷. Paltiel souligne que, par ailleurs, chercher à faire valoir ses droits était malséant. Aussi, la vertu «rang», qui se traduit par «céder», devenait-elle de mise lorsque surgissait un conflit⁵⁸, au nom de la préservation de l'harmonie sociale. Cette «préférence culturelle» exercerait encore une influence décisive sur la population chinoise d'aujourd'hui.

Les travaux de Huang ont apporté un éclairage différent sur le rapport au droit de la population chinoise à la fin de l'ère impériale et durant la période républicaine. Grâce à un accès à des archives des tribunaux jusqu'alors inaccessibles, il a pu montrer comment, dans les faits, la population chinoise utilisait à la fois le système judiciaire et les modes non contentieux de règlement des différends⁵⁹. Pourtant, malgré les travaux de Huang, la perception dominante en Chine et en Occident demeure celle du justiciable chinois, porté, pour des raisons dites culturelles, à privilégier la médiation comme mode de règlement des différends.⁶⁰

Pour les tenants du paradigme de l'harmonie⁶¹ un autre trait important est attribué à la tradition juridique chinoise, expliquant en partie la supposée préférence pour l'harmonie. Elle aurait été dominée par le confucianisme, lequel valorise une justice axée sur le respect des statuts et hiérarchies sociales plutôt que sur les mérites respectifs des réclamations des parties⁶². Le droit impérial comportait d'ailleurs une série

⁵⁶ Philip C.C. Huang, *Civil Justice in China. Representation and Practice in the Qing*, Philip C.C. Huang, Stanford, Stanford University Press, 1996 e à la p. 11. Voir aussi Zhu Yong, «Quanli Huan Hexie: Zhongguo Chuantong Falü de Yunxu Lujing» [Échanger les droits contre l'harmonie: la voie de l'ordre dans le droit chinois traditionnel] (2008) 1 *Zhongguo Faxue* 3 à la p. 5.

⁵⁷ Anne Cheng, *supra* note 7 à la p. 62.

⁵⁸ Jeremy T Paltiel, «Cultural and Political Determinants of the Chinese Approach to Human Rights» dans Errol P. Mendes et Anne-Marie Traeholt dir., *Human Rights: Chinese and Canadian Perspectives*, Ottawa, the Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa, 1997, 25 à la p. 35.

⁵⁹ Huang, *supra* note 56 à la p. 13.

⁶⁰ Stanley Lubman, *Bird in a Cage. Legal Reform After Mao*, Stanford, Stanford University Press, 1999 aux pp. 235-236. Lubman souligne que cette situation connaît une certaine évolution, mais il affirme la persistance d'une préférence culturelle pour le recours aux modes non-contentieux de règlement des différends, ignorant les nuances apportées par Philip Huang.

⁶¹ Lubman, *supra* note 60; Zeng Xian Yi et Ma Xiao Hong, «Zhongguo Chuantong fa yanjiu zhong de jige wenti» [De quelques problèmes relatifs à la recherche sur le droit chinois traditionnel], (2003) 3 *Faxue Yanjiu* 30 à la p. 35.

⁶² Sun, *supra* note 33 à la p. 139; Zeng Xian Yi et Ma Xiao Hong, *supra* note 61 à la p. 41.

d'immunités qui se traduisaient d'abord par la possibilité de faire l'objet de procédures différentes de celles réservées au «petit peuple»⁶³. Dans cette perspective, il s'ensuit que l'égalité devant la loi est une valeur incompatible avec cette vision de la justice.

Si les parties en venaient finalement à saisir le tribunal, cela était ressenti comme un signe d'échec et une perte de face. La solution attendue du juge se devait d'être conforme au sens du juste de la population avant d'être conforme au respect du droit légiféré. L'accent était alors mis sur le fond, à savoir, le caractère perçu comme juste ou injuste de la décision du juge, plutôt que sur le respect des règles de procédure et du droit en vigueur. Les auteurs chinois résument cette conception par l'adage: «*heqing, heli, hefa*», à laquelle il faut ajouter aussi la culture dite des *guanxi*. Il s'agit de respecter les règles non écrites qui régissent les réseaux de relations d'une personne. L'exécution des obligations contractées envers une relation était perçue comme légitime y compris si elle impliquait la mise de côté d'une règle de droit légiféré.

Les travaux de Philip Huang sur la justice à la fin de l'ère impériale et au début de l'ère républicaine⁶⁴ n'invalident pas ces représentations mais y apportent néanmoins des correctifs importants. Ils rectifient un peu la place accordée à la médiation extrajudiciaire par rapport aux recours devant les tribunaux, mais sans remettre en question l'influence de l'adage «*heqing heli hefa*». Jean Escarra, qui observe la société chinoise de l'époque républicaine, confirme la prégnance de cette conception de la justice chez l'ensemble de la population⁶⁵. Dans ce contexte, il aurait été fort surprenant que les réformes mises en place par le Parti Communiste Chinois parviennent à modifier en profondeur le rapport au droit des justiciables chinois. Or, plusieurs juristes chinois expriment, depuis quelques années, le sentiment que, dans son ensemble, la population chinoise demeure réfractaire à la justice procédurale car habitée par une conception qui met l'accent sur la justice substantielle⁶⁶. Pour Sida Liu, la légitimité du système judiciaire à l'occidentale implanté en Chine dépend de la capacité des juges à répondre à

⁶³ Lin Li, «The Difficulties of Importing the Western Idea of Human Rights Into China-A Jurisprudential Approach» dans Karl-Heinz Pohl et Anselm W. Müller dir., *Chinese Ethics in Global Context. Moral Bases of Contemporary Societies*, Leiden, Brill, 2002, 318 à la p. 337.

⁶⁴Huang, *Civil Justice in China*, supra note 56 et Philip C.C. Huang, *Code, Custom and Legal Practice in China. The Qing and Republican Compared*, Stanford, Stanford University Press, 2001.

⁶⁵ Jean Escarra, *Le droit chinois*, Pekin, Éditions Henri Vetch, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936 à la p. 19.

⁶⁶ Chen Jianfu, supra note 54, à la p. 33. Sun Hong Kun, «Chengxu Zhengyi», supra note 55 à la p. 91; Margaret Y. K. Woo, «Law and Discretion in Contemporary Chinese Courts», (1999) 8 *Pac. Rim. L. & Pol'y J.* 581 à la p. 588.

ces attentes de la population, du moins en monde rural et pour les tribunaux de base. La connaissance des règles de droit revêtirait moins d'importance que les talents de négociateurs des juges chinois⁶⁷. Cependant, jusqu'à quel point cette vision trouve-t-elle application ? Un regard sur la situation, en milieu urbain, alimente la réflexion.

Un fait est mis en évidence par des recherches récentes sur le droit chinois: les recours aux tribunaux augmentent de manière constante depuis le milieu de la décennie 1990⁶⁸. Cela remet partiellement en question l'influence du paradigme de l'harmonie, associé à la tradition juridique chinoise impériale. Aussi, la question qui appelle plus de recherches réside résolument dans les motivations qui incitent les justiciables chinois à saisir les tribunaux plutôt qu'à tenter de résoudre leurs différends hors cour. Si l'on se fie aux décisions publiées dans des recueils semi-officiels ou dans la Gazette de la Cour Populaire Suprême, la part faite à l'application impersonnelle de règle de droit revêt une importance réelle. Les motivations des jugements ne font appel qu'aux règles de droit légiféré à l'exclusion de toute considération liée à une vision casuistique ou particulariste de la justice. Dans cette perspective, les difficultés d'ancrage de la justice procédurale, si elles sont bien réelles, ne caractérisent pas à elles seules le rapport au droit des justiciables chinois⁶⁹.

Ainsi, Zheng Yongnian⁷⁰ et, plus récemment, Mary Gallagher⁷¹, soulignent l'importance des campagnes d'éducation au droit initiées par le Parti Communiste Chinois depuis le milieu de la décennie 1980. Il est vrai que l'ensemble de la population chinoise se méfie des nouvelles initiatives et discours des autorités, les diverses campagnes politiques, dont la Révolution Culturelle, ayant laissé un goût amer. Or, le discours sur la construction de la «Rule of Law» en Chine, de la part du Parti, serait,

⁶⁷ Liu, *supra* note 49 à la p. 95.

⁶⁸ Bin Liang, *The Changing Chinese Legal System, 1978-Present: Centralization of Power and Rationalization of the Legal System*, London, Routledge, 2008 à la p. 45. Selon M. Bin, de 1978 à 2005, le nombre de recours intentés devant les tribunaux a été multiplié par 10, passant de 447, 755 en 1978 à 5,161,170 en 2005.

⁶⁹ Toutefois, il faut aussi tenir compte du fait de la fonction exemplaire des décisions de la CPS, qui fait en sorte que les décisions publiées dans la Gazette représentent en réalité la vision d'un «bon» jugement selon cette cour.

⁷⁰ Zheng Yongnian, «Du gouvernement par la loi à l'État de droit ? L'évolution de l'environnement juridique en Chine», (1999) 54 *Perspectives Chinoises* 31 à la p. 40.

⁷¹ Mary Gallagher, «Mobilizing the Law in China: "Informed Disenchantment" and the Development of Legal Consciousness» (2006) 40:4 *Law and Society Review* 783 à la p. 794.

pour Gallagher, une opération visant à redonner de la légitimité à l'État dans le contexte des réformes qui créent beaucoup d'exclusion et de mécontentement⁷².

Aussi, alors qu'on aurait pu s'attendre à ce que ces campagnes d'éducation au droit soient reçues avec indifférence, sinon scepticisme, certains auteurs ayant effectué des études de terrain en Chine montrent qu'il n'en est rien. Au contraire, les justiciables chinois, malgré une connaissance souvent limitée du droit, seraient, dans certaines circonstances, tout à fait enclins à tenter de s'approprier le droit étatique comme outil de défense de leurs droits qu'ils sentent injustement attaqués ou déniés⁷³. Quels motifs expliquent cet état de choses ? Tout d'abord, les recours croissants devant les tribunaux, qui constituent une tendance certaine en Chine depuis le début des réformes, seraient attribuables à deux éléments principaux: les autorités elles-mêmes incitent les justiciables à recourir aux tribunaux et les processus de médiation extra-judiciaire souffrent d'un déficit de crédibilité⁷⁴. Ainsi, les personnes travaillant aux bureaux des pétitions, un canal jusqu'ici très populaire auprès des justiciables chinois, renverraient délibérément les plaignants devant les tribunaux⁷⁵. Par ailleurs, la médiation extrajudiciaire, qui a été favorisée par le Parti Communiste Chinois, est perçue de plus en plus négativement par la population notamment en raison du manque de professionnalisation des personnes qui agissent à titre de médiateur⁷⁶. En outre, les recours devant les tribunaux font l'objet d'une publicité certaine dans les médias, chargés de rapporter de bonnes nouvelles et de présenter aux justiciables une image favorable du système judiciaire⁷⁷. Dans ce contexte, les justiciables se décident à saisir la justice dans l'espoir de voir leur demande traitée aussi favorablement que celles dont il

⁷² Gallagher, *supra* note 71 à la p. 797. La terminologie ici pose problème. Les auteurs anglophones emploient tous l'expression «Rule of Law» alors que les auteurs francophones emploient l'expression «État de droit». Or, les deux ne sont pas interchangeables. Daniel Mockle, «L'État de droit et la théorie de la Rule of Law» (1994) 35:4 *Les Cahiers de droit* 823. Le Parti Communiste Chinois a publié le 28 février 2008 un Livre Blanc sur la Rule of Law, ce qui indique l'importance qu'il attache à maintenir cette référence dans son discours. Voir http://www.china.org.cn/gouvernement/news/2008-02/28/content_11025486_2.htm pour le texte intégral du Livre Blanc.

⁷³ Gallagher, *supra* note 71 à la p. 810; Kevin J. O'Brien et Lijiang Li, « Suing the Local State: Administrative Litigation in Rural China» dans Neil J. Diamant, Stanley B. Lubman et Kevin J. O'Brien, dir., *Engaging the Law in China. State, Society and Possibilities for Justice*, Stanford, Stanford University Press, 2005, 31 à la p. 33. Ce dernier article traite du rapport au droit légiféré dans le monde rural. Le phénomène n'est pas donc pas l'apanage exclusif des grandes villes.

⁷⁴ Gallagher, *supra* note 71 à la p. 793.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Lubman, *supra* note 60 aux pp. 236-237.

⁷⁷ Gallagher, *supra* note 71, aux pp. 795-796.

est fait état dans les journaux. Nul doute que ces attentes sont parfois déçues, mais ces déceptions ne se traduisent pas nécessairement par un rejet subséquent du droit⁷⁸. La conscience du droit des justiciables chinois ne se limite pas exclusivement à la saisine des tribunaux. Certains s'impliquent davantage dans des causes similaires aux leurs, à titre de témoin, et suivent à leur façon les développements juridiques eu égard au domaine de droit impliqué par leurs revendications. Ces attitudes seraient attribuables, dans les cas étudiés par Gallagher, à un accès à l'aide juridique. En outre, il n'est pas anodin de préciser que le terrain de Gallagher est la ville de Shanghai, laquelle n'est pas représentative du développement de l'ensemble de la Chine. Cependant, la tendance à recourir aux tribunaux est aussi présente dans le monde rural, tel qu'il ressort de l'étude d'O'Brien et Li⁷⁹.

Des recherches récentes font état d'autres raisons que le poids de la tradition juridique impériale afin d'expliquer l'importance que conserve la médiation dans les faits. Ainsi, Mei Ying Gechlik souligne que, lorsqu'il s'agit de poursuites contre l'État, les justiciables chinois redoutent de faire l'objet de représailles⁸⁰. L'accès à la justice fait aussi problème, notamment, les coûts impliqués agissant comme obstacle⁸¹ dans un contexte où l'aide juridique demeure sous-développée. Les justiciables chinois éprouvent également des difficultés à trouver des avocats pour les défendre, surtout si les dossiers ne sont pas lucratifs⁸² ou encore, sont perçus comme compromettants sur le plan politique. Aussi faut-il garder à l'esprit ces données avant de conclure à une propension culturelle innée et persistante des justiciables chinois envers la médiation.

Diverses études de terrain parues ces dernières années invitent à repenser l'image du rapport des justiciables ruraux avec le système judiciaire étatique. Zhu Suli, qui a travaillé sur le monde rural, présente la situation qui y règne comme une où les justiciables pratiquent «l'évasion du droit» en réglant leurs différends en fonction de normes dites coutumières⁸³. Son analyse débouche sur une réflexion autour de la

⁷⁸ Gallagher, *supra* note 71 à la p. 800.

⁷⁹ Voir le texte correspondant à la note 73.

⁸⁰ Mei-Ying Gechlik, *supra* note 52 à la p. 101. Cette crainte est souvent fondée, tel qu'il ressort de l'étude d'O'Brien et Li, *supra* note 73 à la p. 41.

⁸¹ Gechlik, *supra* note 52 à la p. 101

⁸² Margaret Y. K. Woo et Yaxin Wang, «Civil Justice in China: An Empirical Study of the Courts in Three Provinces» (2005) 53 *Am.J.Comp.L.* 911 à la p. 923.

⁸³ Zhu Suli, «The Function of Legal Evasion in China's Economic Reform-From a Socio-Legal Perspective» dans Guiguo Wang et Zhenying Wei, dir., *Legal Developments on China: Market Economy and Law*, Hong Kong, Sweet & Maxwell Asia, 1996, 294 à la p. 299. Il souligne, par ailleurs, que dans

question du pluralisme juridique en Chine, donne demeurant dans l'ombre car incompatible avec la vision légicentrique du Parti Communiste chinois. Or, le professeur Ying Xing , de l'Université de Science Politique et Droit de Beijing (Beijing Zhengfa Daxue), a publié en 2007 une étude qui remet largement en question le portrait d'ensemble tracé par Zhu Suli. Cette étude traite du développement, dans le monde rural chinois, d'un certain accès à la justice par l'entremise d'«avocats aux pieds nus»⁸⁴. Ying Xing étudie les recours intentés par les justiciables en vertu de la *Loi de République Populaire de Chine sur le contentieux administratif* ⁸⁵. Dans le contexte chinois, l'avocat aux pieds nus est un justiciable qui a acquis, sur une base autodidacte, des connaissances en droit lui permettant d'assurer la représentation de plaignants devant les tribunaux formels chinois. La possibilité d'agir en justice pour des personnes autres que des avocats est prévue en matière civile et en matière administrative⁸⁶. Ces «parajuristes» forment en quelque sorte une cohorte auto constituée, agissant non seulement en parallèle, mais surtout en substitut des avocats chinois. Dans l'état actuel des choses, ces «avocats aux pieds nus» prennent des causes à titre gratuit, ne demandant que le remboursement de dépenses liées à la représentation (frais de téléphone, billet d'autobus...). L'étude de Ying Xing met en lumière que leurs services sont grandement appréciés par la population rurale, qui se trouve ainsi motivée à saisir les tribunaux étatiques afin d'obtenir justice. Plusieurs raisons expliquent leur succès⁸⁷. Tout d'abord, ils comblent un réel besoin, le nombre d'avocats, en Chine, étant insuffisant eu égard à la demande pour leurs services. En outre, les avocats chinois demeurent majoritairement concentrés dans les grandes villes. Les habitants des régions rurales se trouvent donc défavorisés dans l'accès à un avocat. Lorsque certains avocats acceptent des causes en

certain cas, la règle de droit étatique demeure présente comme instrument sous-jacent de référence dans la résolution du différend.

⁸⁴ Ying Xing, *supra* note 51. Le phénomène remonte à une dizaine d'années mais les auteurs chinois commencent tout juste à s'y intéresser. Le texte qui suit est fondé sur la traduction effectuée par l'auteur de ce texte.

⁸⁵ *Loi de République Populaire de Chine sur le contentieux administratif*, Adoptée par la 2e session de la VIIe Assemblée populaire nationale le 4 avril 1989

⁸⁶ Article 28 de la *Loi de République Populaire de Chine sur le contentieux administratif*, *supra* note 85 et article 58 de de *Loi de République Populaire de Chine sur la procédure civile*, Adoptée à la 4e session de la VIIe Assemblée populaire nationale le 9 avril 1991. [ci-après *Loi sur la procédure civile*]. Ces deux articles établissent la possibilité pour les parties à une action en justice de nommer des personnes aptes à les représenter autres que des avocats. La LPC a été révisée en 2007. Les modifications, lorsqu'il y en a, sont signalées par rapport à la nouvelle version. Ici, le numéro de l'article reste le même dans la version de 2007 de la *Loi sur la procédure civile*.

⁸⁷ Ying Xing, *supra* note 51 aux pp. 85-87.

milieu rural, leurs honoraires agissent comme obstacle, le plus souvent dirimant, pour les personnes voulant se prévaloir de leurs services.

Ying Xing ajoute d'autres dimensions à la source de la popularité des «avocats aux pieds nus»: ils connaissent le plus souvent les plaignants ou, à tout le moins, le village ou district où ils sont appelés à agir car ils en sont eux-mêmes issus. Or, le sentiment de reliance⁸⁸ à l'endroit des avocats aux pieds nus revêt une importance cruciale dans l'esprit des justiciables d'origine rurale, vivant encore suivant une logique relationnelle et de proximité⁸⁹. Autrement dit, les justiciables chinois d'origine rurale sont rassurés du fait de connaître, au moins de nom, la personne qui va les aider dans leur recours judiciaire. En outre, les avocats aux pieds nus préservent, par leurs agissements, une valeur chère à la société rurale, celle de la réciprocité. Ying Xing fait état du sentiment d'exclusion généré par la logique marchande de l'économie de marché, qui fait des services juridiques un produit. Or, cette logique de marchandisation heurte les paysans. Ces derniers reçoivent d'autant mieux les avocats aux pieds nus, dont les motivations ne font pas appel à ce rapport commercial et impersonnel⁹⁰.

Ying Xing ne mentionne pas l'existence de croyances religieuses particulières chez les avocats aux pieds nus. Il fait plutôt état de la satisfaction qu'ils éprouvent à aider leurs concitoyens dans des procédures judiciaires. Il ressort de son étude une perspective opposée à celle de Zhu Suli sur le rapport du monde rural à la justice. Alors que ce dernier dépeint les paysans comme pratiquant «l'évasion du droit» et privilégiant toujours des modes non contentieux de résolution des différends⁹¹, l'étude de Ying Xing montre au contraire que les justiciables ruraux recherchent la règle de droit étatique et sont prêts à se l'approprier pour peu qu'ils aient accès au système judiciaire.

Dans le même temps, l'action des avocats aux pieds nus se heurte à plusieurs limites⁹². Ils ne peuvent agir que dans des poursuites en matière administrative et s'il s'agit de «petit cas», par opposition à des «grands cas». La différence entre les deux réside non pas dans la complexité des faits ou encore des règles de droit applicables, mais plutôt dans l'importance des enjeux financiers et dans l'identité des parties affectées. Un «grand cas» se caractérise par le fait que le défendeur, un cadre issu de

⁸⁸ Expression empruntée à François Cheng. François Cheng, *supra* note 8 à la p. 89.

⁸⁹ Ying Xing, *supra* note 51 à la p. 86.

⁹⁰ Ying Xing, *supra* note 51 à la p. 91.

⁹¹ Zhu Suli, *supra* note 83 et voir texte correspondant.

⁹² Ying Xing, *supra* note 51 aux pp. 89-90.

l'administration locale, entretient des relations trop proches avec le tribunal de district. Cela suscite plusieurs problèmes. Les juges répugnent à accepter des causes qui impliquent des membres de l'administration locale lorsque ces derniers sont en position d'influer directement sur le sort du personnel du tribunal. Ou encore, si le résultat d'une poursuite envisagée, advenant une victoire du plaignant, est susceptible d'entraîner un nombre important de poursuites similaires, les juges, soucieux d'éviter l'effet du précédent, refuseront d'instruire la cause⁹³, ou auront recours à d'autres mesures pour en limiter la portée réelle. L'enjeu, ici, réside dans ce qu'un trop grand nombre de poursuites est assimilé à une rupture de la stabilité et de l'harmonie. Si les juges ont instruit la cause, ils disposent de deux moyens pour en réduire les effets: ils peuvent donner raison au défendeur, ou refuser d'exécuter le jugement. Aussi les «avocats aux pieds nus» privilégient-ils les «petits cas», qui sont bien reçus des tribunaux: les questions de fait sont simples, les questions de preuve inexistantes ou réduites à leur plus simple expression, le défendeur est visiblement en tort, les enjeux financiers sont peu importants et le cas n'est pas susceptible de devenir un précédent. Dans ce contexte précis, il est alors facile de régler le dossier à l'aide du droit applicable.

Ying Xing s'emploie à différencier rigoureusement les avocats aux pieds nus des «avocats noirs», c'est-à-dire des personnes qui se font passer pour des avocats, exigent des honoraires élevés afin de régler une cause par des moyens à la légalité et à la légitimité douteuses⁹⁴. Il souligne la fonction de rapprochement des justiciables d'origine rurale avec le droit légiféré et estime qu'il s'agit d'un développement très positif. Il s'insurge contre l'appréciation négative faite des «avocats aux pieds nus» par les universitaires chinois et par les praticiens du droit, estimant qu'elle reflète une incompréhension de leur office et de la situation du monde rural⁹⁵. En effet, il est reproché aux avocats aux pieds nus leur manque de professionnalisation qui fait en sorte que leurs services seraient inférieurs, en qualité, aux exigences de la règle de l'art. Ying Xing admet les problèmes de professionnalisation des avocats aux pieds nus mais il estime que cet inconvénient est minime eu égard aux apports, décisifs selon lui, des avocats aux pieds nus dans une perspective d'accès à la justice.

⁹³ Ying Xing, *supra* note 51 à la p. 89. Cai Dingjian, *supra* note 46 à la p. 150.

⁹⁴ Ying Xing, *supra* note 51 à la p. 92.

⁹⁵ *Ibid.* à la p. 91.

Ces développements incitent donc à aborder de manière critique les besoins des justiciables chinois en matière d'accès à la justice. L'implantation, à l'échelle du pays, du système judiciaire chinois tel que mis en place dans les villes depuis le début des réformes, ne va pas sans poser problème. Ce modèle touche ses limites en ce qui a trait au monde rural. L'enjeu, ici, est moins la nature «étrangère» ou «occidentale» du système judiciaire chinois que des ressources insuffisantes pour assurer son efficacité dans les campagnes chinoises. La naissance des avocats aux pieds nus marque sans conteste une réponse «locale» à des besoins auxquels le système judiciaire usuel ne peut répondre. Dans d'autres pays, l'accès à la justice a été facilité par divers moyens, dont l'instauration de juges de paix, issus des notables, ou encore, par le recours aux modes dits alternatifs, ou non contentieux, de résolution des différends. Le cas des avocats aux pieds nus déroge à ces avenues connues, dans la mesure où leur implication vise à rapprocher le justiciable chinois du système judiciaire étatique plutôt que de proposer un substitut à ce dernier. Le monde rural est donc en quête de personnes pouvant servir d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux. Comment réagiront, à terme, les autorités chinoises, face à ce développement ? Si elles décident de laisser opérer les avocats aux pieds nus, le mouvement va-t-il se tarir, faute d'institutionnalisation ? La prise de position publique récente de M. Luo Gan, au début de l'année 2007, traduit par ailleurs une méfiance devant la tendance croissante des citoyens à recourir aux tribunaux afin de se défendre⁹⁶.

Par ailleurs, lorsque l'on sait que les Facultés de droit en Chine ne s'intéressent que très peu aux besoins du monde rural, il serait vain d'attendre qu'elles mettent sur pied des programmes de formation, dont l'accès effectif ferait problème, pour ces intermédiaires de justice . La question d'un rôle pour des projets de coopération sino-occidentaux demeure aléatoire, en l'absence d'un intérêt du côté chinois pour la question. Certains juristes chinois, tels Zhu Suli et Tiancheng You, effectuent des recherches sur le monde rural et la justice, depuis plusieurs années. À l'étranger, des sinologues américains et français, issus de divers horizons, étudient aussi les rapports du monde rural à la justice étatique⁹⁷. Ils demeurent pour l'instant un objet d'étude plus

⁹⁶ Joseph Chan, *supra* note 53.

⁹⁷ Ainsi, Kevin J. O'Brien et Lijiang Li ont publié récemment *Rightful Resistance in Rural China*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Voir aussi Isabelle Thireau et Wang

qu'un chantier possible d'intervention, mais revêtent une importance certaine lorsqu'on tente de dresser un portrait d'ensemble des réformes juridiques chinoises.. Sur ce point, les chercheurs occidentaux doivent se garder d'épouser les préjugés des milieux chinois urbains à l'endroit de la population rurale, lesquels constituent un obstacle épistémologique certain dans l'étude de la société chinoise des réformes.

2.2 La domination de la figure du juge

Le juge demeure en Occident une figure centrale pour qui s'intéresse au système judiciaire, du moins dans le monde anglo-américain⁹⁸. De même, dans la tradition juridique de common law, les jugements sont habituellement signés, ce qui équivaut à une personnalisation du juge qui demeure étrangère au monde romaniste. Si le statut du juge est plus exalté dans le monde de la common law que dans le monde romano-germanique⁹⁹, il n'en reste pas moins qu'un juge jouit, dans les deux traditions, d'un respect considérable . L'indépendance du pouvoir judiciaire constitue une valeur commune aux deux traditions. Or, le cas chinois offre des perspectives différentes, D'une part, le Parti Communiste Chinois récuse la théorie de la séparation des pouvoirs. D'autre part, l'indépendance judiciaire, dans le contexte chinois, ne vise pas le juge individuel mais le tribunal¹⁰⁰. En outre, il ressort de plusieurs études que dans les faits, même cette indépendance à la chinoise est compromise¹⁰¹.

Dans la tradition impériale, les juges appartenaient à la classe des fonctionnaires lettrés, nommés en poste après avoir réussi les examens impériaux¹⁰². Si leur savoir pratique, au moment de leur entrée en poste, était très mince, ayant essentiellement

Hansheng, dir., *Disputes au village chinois. Formes du juste et recompositions locales des espaces normatifs*, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2001.

⁹⁸ Ainsi, Dworkin, dans *L'Empire du Droit*, consacre les trois quarts de son ouvrage au juge. Seul le chapitre IX est consacré au droit écrit. Ronald Dworkin, *L'Empire du droit*, coll. «Recherches Politiques», Paris, P.U.F., 1986.

⁹⁹ H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford university Press, 2000 à la p. 225.

¹⁰⁰ Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 aux pp. 320-321.

¹⁰¹ Voir entre autres le texte de Cai Dingjian, *supra* note 46.

¹⁰² Robert Van Gulik, *Affaires résolues à l'ombre du poirier. Un manuel chinois de jurisprudence et d'investigation policière du XIIIe siècle*, Paris, Albin Michel, 2002 aux pp. 11-12. Les informations sont tirées de la préface de l'ouvrage rédigée, à l'origine en anglais, par Van Gulik. Ce dernier fut un éminent sinologue qui s'est spécialisé dans l'histoire criminelle de la Chine impériale, qu'il a méticuleusement fouillée avant d'écrire ses romans policiers mettant en vedette le personnage du juge Ti, sous la dynastie Tang.

étudié les classiques confucéens, ces fonctionnaires, les magistrats de district, possédaient cependant une grande culture, acquise pendant leurs études et souvent renforcée par le milieu social dont ils étaient issus. Dans la tradition juridique chinoise impériale, une caractéristique ressort: le magistrat de district joue un rôle qui le rapproche nettement du modèle inquisitoire. Il agit en maître du dossier et toute l'initiative de la cueillette d'informations lui revient, ainsi qu'à son personnel¹⁰³. En outre, le magistrat de district remplit plusieurs autres fonctions, telles la collecte des impôts et la tenue des registres de l'état civil, tâches qui ne sont pas habituellement associées à la fonction judiciaire dans les traditions juridiques de common law et de droit civil. En un mot, les magistrats de districts «cumulaient tous les pouvoirs, administratifs, policiers, judiciaires»¹⁰⁴. Par ailleurs, certains magistrats célèbres ont fait l'objet d'un véritable culte en Chine impériale, tel le juge Bao Gong¹⁰⁵. Jacques Pimpaneau note la survivance de ce culte dans le théâtre d'ombres de même que dans l'opéra chinois¹⁰⁶. Le statut du juge, tant en Chine maoïste que dans la Chine des réformes, est tout autre.

La conception de la justice véhiculée par le Parti Communiste Chinois, avant et après sa prise de pouvoir, fait du juge un simple travailleur de l'État. Les cours, pour leur part, peuvent être comparées à un genre d'instrument militaire utilisé dans la chasse aux «ennemis de classe»¹⁰⁷. La période maoïste a mis l'accent sur la loyauté politique (être «rouge») par rapport aux compétences (être «expert») dans la sélection, entre autres, du personnel judiciaire¹⁰⁸. Le mode privilégié de résolution des différends à partir de 1949 fut la médiation, tant extrajudiciaire que judiciaire¹⁰⁹. Les réformes mises en œuvre à partir de 1978 visent à la reconstruction d'un système judiciaire complet, inspiré par les modèles juridiques occidentaux, avec divers paliers de cours, des avocats, des procureurs et des juges.

¹⁰³ Robert Van Gulik, *Trois affaires criminelles résolues par le juge Ti*, Paris, Christian Bourgeois Éditeur, 1987 à la p.19. Les mêmes remarques que pour la note précédente eu égard à la source de l'information.

¹⁰⁴ Jacques Pimpaneau, *Chine. Culture et traditions*, Paris, Éditions Philippe Picquier, 1990, à la p. 339.

¹⁰⁵ Jacques Pimpaneau, *Chine. Mythes et Dieux*, Paris, Éditions Philippe Picquier, 1999, aux pp. 73-79.

¹⁰⁶ Pimpaneau, *supra* note 105 à la p. 73.

¹⁰⁷ Liu, *supra* note 49 à la p. 82.

¹⁰⁸ Stanley Lubman, «Chinese courts and law reform in Post Mao China» dans Arthur Rosett, Lucie Cheng et Margaret Y.K.Woo, dir., *East Asian Law-Universal Norms and Local Culture*, London, Routledge Curzon, 2003, 205 à la p. 214.

¹⁰⁹ Lubman, «Chinese courts..» *supra* note 108 à la p. 206.

Le rôle et le statut du juge, dans la société chinoise du XXI^e siècle, ne se comparent pas toujours pas à l'Occident. À cet égard, la conception du juge comme travailleur de l'État est toujours présente, tel qu'il ressort de l'article 2 de la *Loi de République Populaire de Chine sur les juges*¹¹⁰: «Judges are the judicial personnel who exercise the judicial authority of the State according to law...» et de l'article 3: «Judges must faithfully implement the Constitution and laws, and serve the people wholeheartedly». Par ailleurs, les juges sont tenus, aux termes de l'alinéa 7 de l'article 7 de cette même loi, «d'accepter la supervision des masses»¹¹¹. Au chapitre des critères de sélection, les alinéas 3 et 4 de l'article 9 font clairement référence à la loyauté politique, car le juge doit «endosser la Constitution»¹¹² et «être de bonne qualité juridique et professionnelle»¹¹³. Aux termes de l'article 17 de la *Loi sur les juges*, les grades des juges (au nombre de 12) sont déterminés notamment par rapport à «l'intégrité politique». En outre, il n'est pas sans intérêt de noter que «les masses» sont appelées à participer à l'évaluation des juges¹¹⁴ et que le «niveau idéologique» des juges fait partie des éléments pris en compte lors de cet exercice dont dépendent, entre autres, leur rang et leur salaire¹¹⁵. Les relents de la conception maoïste du juge sont donc bien présents. Eu égard aux qualifications professionnelles des juges, Gechlik fait état des données suivantes: la Chine compte environ 300,00 juges. Sur ce nombre, plus de 90,000 sont titulaires d'un diplôme universitaire de premier cycle alors que 4000 ont fait des études de maîtrise ou de doctorat¹¹⁶.

Il convient d'ajouter que le juge chinois est aussi appelé à jouer un autre rôle, qui le met en tension par rapport au fait d'être un serviteur de l'État: il doit rendre la justice en tenant compte des attentes des justiciables chinois, lesquelles, surtout dans le monde

¹¹⁰ *Loi de République Populaire de Chine sur les juges*, Adoptée le 1er juillet 1995. [ci-après *Loi sur les juges*].

¹¹¹ Notre traduction.

¹¹² Notre traduction, alinéa 3.

¹¹³ Notre traduction, alinéa 4. Voir aussi l'article premier du Code de conduite des juges de 2005 promulgué par la Cour Populaire Suprême: *Code of Conduct for Judges (For Trial Implementation)*, Supreme People's Court, 11 avril 2005. Source: www.lawinfochina.com. L'article premier enjoint les juges à renforcer leur «foi» politique en adhérant à plusieurs principes tels :le marxisme léninisme (...), la théorie des trois représentativités, le développement scientifique et la construction d'une société harmonieuse (...).

¹¹⁴ Article 20, *supra* note 108.

¹¹⁵ Article 22, *supra* note 108.

¹¹⁶ Gechlik, *supra* note 52 à la p. 123.

rural, demeurent fondées sur l'adage «*heqing, heli, hefa*»¹¹⁷. De même, les pressions exercées sur les juges pour qu'ils rendent des décisions fondées sur les «*guanxi*» ou les «*renqing*» entre les parties demeurent très fortes et sont perçues comme un problème par certains magistrats et auteurs chinois qui y voient une justice corrompue¹¹⁸. Cai Dingjian va plus loin, en affirmant qu'une partie du personnel judiciaire adhère à la logique des «*renqing*» suivant laquelle les sentiments humains sont plus importants que le respect du droit¹¹⁹. Il s'agirait là d'une illustration de la prégnance de certains traits tenant à la tradition juridique chinoise de l'ère impériale¹²⁰. Cependant, il faut tenir compte des variations régionales en Chine. Ainsi, la culture des *guanxi* serait moins présente à Shanghai en raison du fait que cette ville a été exposée depuis plus longtemps à une conception de la justice axée sur le respect de la règle de droit¹²¹. D'autres facteurs sont avancés afin d'expliquer le respect plus grand du droit légiféré de la part des juges de Shanghai : leur rémunération serait suffisante pour limiter la tentation de se laisser influencer par des considérations extrajudiciaires¹²².

Par ailleurs, les juges chinois doivent faire la promotion de la politique du Parti et agir conformément à celle-ci. Le dernier mot d'ordre «le maintien de la stabilité et l'harmonie» («*andingtuanjie*») affecte directement le travail des juges chinois. Il a pour effet, entre autres, de les conduire à accepter d'instruire certaines causes et à en refuser d'autres, le tout étant fonction de la rupture potentielle de la stabilité et de l'harmonie¹²³ attribuée à ces causes. De même, les juges prennent une part active dans les activités d'éducation au droit. Ying Xing rapporte le fait suivant: il a vu, au milieu des années 1990, des juges chinois circuler dans la rue d'une ville de province pour faire la promotion de la *Loi sur le contentieux administratif*¹²⁴ en informant toutes les personnes qu'ils croisaient de la possibilité de poursuivre les fonctionnaires.

¹¹⁷ Littéralement: «en accord avec les sentiments (*qing*), en accord avec ce qui est raisonnable(*li*- désigne le sens du juste d'une société donnée à un moment précis dans le temps) et en accord avec le droit (*fa*- le droit légiféré). Une bonne décision, suivant le sens du juste populaire, doit être fondée sur ces trois éléments, qui s'apprécient au cas par cas, de manière contextuelle. Sun Hong Kun, *supra* note 33 à la p. 139.

¹¹⁸ Cai Dingjian, *Lishi yu biange. Xin Zhongguo falü jianshe de licheng*, Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue Chubanshe, 1999, aux pp. 338-339. Lubman, «Chinese courts...», *supra* note 106 à la p. 210.

¹¹⁹ Cai, *Lishi yu biange*, *supra* note 116 à la p. 344

¹²⁰ Piquet, *supra* note 32 aux pp. 57-60.

¹²¹ Gechlik, *supra* note 52 à la p.113.

¹²² Gechlik, *supra* note 52 à la p. 123.

¹²³ Ying Xing, *supra* note 51 à la p. 89. Nous élaborerons plus loin sur ce point en relation avec l'insistance sur la médiation judiciaire comme mode de résolution des différends.

¹²⁴ Ying Xing, *supra* note 51 à la p. 83.

Les juges chinois sont très peu considérés socialement¹²⁵ et c'est là un point qui échappe souvent aux coopérants occidentaux, surtout issus des pays de common law. Les auteurs chinois sont unanimes à souligner le manque de professionnalisation de la magistrature chinoise. Liang Huixing use d'ailleurs de cet argument afin de promouvoir l'adoption du modèle romano-germanique, estimant impossible d'établir un système de common law en Chine¹²⁶. Les questions de corruption et de protectionnisme local minent l'image de la justice chinoise, entre autres¹²⁷. Il faut aussi savoir que les juges chinois sont appelés à remplir d'autres obligations qui sont bien éloignées de la fonction juridictionnelle ou jurisprudentielle, telles mettre en œuvre les politiques du Parti et participer à la collecte des impôts. L'alinéa 2 de l'article 5 de la *Loi sur les juges* prévoit d'ailleurs expressément que les juges sont appelés à d'autres tâches «en conformité avec la loi».

Le rôle du juge dans les procès civils appelle aussi réflexion. Tout d'abord, il se voit investi d'une mission pour le moins ambiguë lorsqu'une affaire à trancher est «susceptible d'intensifier les contradictions»: il doit effectuer un rapport aux supérieurs pertinents et empêcher les «contradictions» de prendre de l'ampleur¹²⁸. Aux termes du même article, il est attendu des juges qu'ils fassent un bon travail de persuasion (auprès des parties)¹²⁹. Cette disposition suggère fortement que le juge aurait pour fonction de contenir, voire réduire, le conflit qui lui est soumis, surtout s'il s'agit d'une affaire à caractère collectif¹³⁰.

En second lieu, dans la tradition juridique chinoise impériale, le rôle du juge était très proche du mode inquisitoire. Or, le modèle contradictoire fait l'objet d'une certaine promotion dans le cadre des réformes juridiques en cours¹³¹. Selon Margaret Woo, les

¹²⁵ Peerenboom, *China's Long March*, *supra* note 100 à la p. 291. Non seulement ils sont perçus comme largement incompetents et corrompus par les universitaires, mais les avocats (guère mieux formés, souvent, mais nettement plus aisés) les méprisent-ils également. L'examen national pour devenir juge aurait la réputation d'être beaucoup plus facile que celui pour devenir avocat.

¹²⁶ Liang Huixing, «Songsanshi» *supra* note 14 à la p. 10.

¹²⁷ Cai, «Development...» *supra* note 46 aux pp. 149-512.

¹²⁸ *Code de conduite des juges*, *supra* note 113, articles 18, traduction libre de l'auteure. Les affaires visées peuvent impliquer plusieurs parties ou une seule.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Cette interprétation est confirmée par la lecture de l'article 72 du Code qui vise les personnes venant soumettre une pétition au tribunal. Aux termes de l'alinéa 3, les juges doivent «stabiliser l'humeur» des plaignants et «effectuer un bon travail de persuasion» auprès de ceux-ci.

¹³¹ Woo et Yang, *supra* note 80 à la p. 922. Une des failles de cette campagne de promotion tient à ce que le système contradictoire repose sur la présence d'avocats. Or, le nombre d'avocats est insuffisant en Chine par rapport à la demande.

juges chinois auraient du mal à intégrer cette mutation vers un rôle plus passif et le transfert du modèle contradictoire serait prématuré¹³². La fonction juridictionnelle, en Chine, primerait nettement sur la fonction jurisprudentielle¹³³. Woo et Yang soulignent pour leur part l'existence d'une conviction, chez les juges chinois, que la fonction juridictionnelle constitue un devoir social de l'État¹³⁴.

Cette tendance est illustrée par un recours important à la médiation judiciaire. Elle constitue un mode de règlement des dossiers, notamment prévue par la *Loi sur la procédure civile de République Populaire de Chine*¹³⁵ et par le *Code de conduite des juges de 2005*¹³⁶. Or, les juges feraient souvent pression sur les parties pour qu'elles acceptent un règlement issu de la médiation judiciaire, plus rapide, plutôt que de laisser l'affaire suivre son cours¹³⁷. Plusieurs facteurs expliquent cette situation. Tout d'abord, cela tient au système d'évaluation des juges qui comptabilise les dossiers réglés dont dépend leur rémunération et leur promotion¹³⁸. De plus, les juges redoutent de voir leur décision renversée par une cour supérieure car cela affecte leur évaluation, dont dépend le renouvellement de leurs contrats¹³⁹. Le recours à la médiation réduit aussi la charge de travail des juges. Enfin, les difficultés d'exécution des jugements entrent aussi en considération dans les incitations au recours à la médiation judiciaire par le juge. Toutefois, le caractère libre du consentement des parties à la médiation judiciaire peut être sérieusement compromis¹⁴⁰ malgré les exhortations au respect de ce principe dans les divers instruments juridiques utilisés pour les fins de ce texte.

Le rôle de la médiation judiciaire est appelé à se renforcer, du moins si l'on se fie aux Opinions de la Cour Populaire Suprême, émises en mars 2007, sur cette question¹⁴¹. La parution de ces Opinions est en relation directe avec le slogan de la construction de la «société socialiste harmonieuse» mis de l'avant par les dirigeants chinois depuis 2002

¹³² *Ibid.* à la p. 938.

¹³³ Liu, *supra* note 49 à la p. 96.

¹³⁴ Woo et Wang, *supra* note 80 à la p. 938.

¹³⁵ *Loi de République Populaire de Chine sur la procédure civile*, *supra* note 86.

¹³⁶ *Code de conduite des juges*, *supra* note 113, articles 37 à 43.

¹³⁷ Peerenboom, *China's Long March*, *supra* note 100 à la p. 288. Lubman, *Bird in a Cage*, *supra* note 60 à la p. 274.

¹³⁸ Lubman, *Bird in a Cage*, *supra* note 60 à la p. 275.

¹³⁹ Lubman, *Bird in a Cage*, *supra* note 60 à la p. 269.

¹⁴⁰ Peerenboom, *China's Long March*, *supra* note 100 à la p. 318. Liu, *supra* note 49 à la p. 97.

¹⁴¹ *Several Opinions of the Supreme People's Court on Further Displaying the Positive Roles of Litigation Mediation in the Building of a Socialist Harmonious Society*, Supreme People's Court, 6 mars 2007. Source : [http:// www. lawinfochina.com](http://www.lawinfochina.com). [ci-après *Several Opinions...*]

soit Hu Jintao, le Président, et Wen Jiabao, le Premier Ministre. Plusieurs observations s'imposent. Tout d'abord, pour le lecteur non averti, ces Opinions pourraient renforcer la thèse de la dite préférence culturelle des justiciables chinois envers la médiation. La Cour Populaire Suprême véhicule tout à fait cette représentation lorsqu'elle affirme, à l'article 2, que la médiation judiciaire est «ancrée dans la tradition culturelle et historique de la Chine»¹⁴². Cette tendance n'est pas uniquement le fait des autorités, elle est aussi véhiculée par certains juristes chinois¹⁴³. Il s'agit ici d'une reconstruction délibérée de la tradition juridique chinoise, présentée d'ailleurs de manière a-temporelle, s'inscrivant dans une démarche beaucoup plus vaste du Parti Communiste Chinois visant à conserver un contrôle sur le passé récent de la Chine, mais aussi sur son avenir¹⁴⁴. Or, le fait que la Cour Populaire Suprême reprenne le stéréotype de la préférence culturelle suggère que les autorités chinoises éprouvent le besoin de réorienter, sinon réinventer, l'actuel rapport au droit de la population chinoise en en donnant une image qui ne correspond que très partiellement à la réalité. Ce point mérite de plus amples investigations.

En second lieu, l'initiative de renforcer la place de la médiation judiciaire vient des autorités chinoises et est imposée aux juges et aux parties. Les juges se voient confier la lourde tâche «d'augmenter les éléments harmonieux» et de «diminuer les éléments portant atteinte à l'harmonie» par un usage accru de la médiation judiciaire¹⁴⁵. Cette dernière est présentée comme un moyen important pour traiter correctement les «contradictions» de la société de même que pour construire une société harmonieuse. Ces Opinions de 2007 marquent une suite logique aux dispositions du *Code de conduite des juges*. En effet, l'article 37 du Code enjoint aux juges d'insister sur l'adoption de la médiation pour toutes les affaires en matière civile¹⁴⁶. Si une partie refuse la médiation, le juge doit faire appel «à la raison et aux sentiments» de celle-ci afin de la convaincre d'accepter le processus de médiation¹⁴⁷. L'insistance sur la médiation judiciaire prend donc une nouvelle ampleur depuis 2005.

¹⁴² *Several Opinions...*, supra note 141 article second, notre traduction.

¹⁴³ Zhu Yong, supra note 56 à la p. 5.

¹⁴⁴ Signalons ici que ce sujet fait l'objet d'un numéro entier de Perspectives Chinoises. Voir *Perspectives Chinoises* (2007) 4. Les auteurs ont étudié plusieurs aspects de l'histoire chinoise récente soumis aux processus de «retour, réinvention et oubli» mais n'ont pas traité du droit.

¹⁴⁵ *Several Opinions...*, supra note 141 article premier, notre traduction.

¹⁴⁶ *Code de conduite des juges*, supra note 113, article 37.

¹⁴⁷ *Code de conduite des juges*, supra note 113, article 40.

Troisièmement, ces Opinions de la Cour Populaire Suprême ouvrent la porte vers ce qui évoque un retour aux années maoïstes par le fait que les «forces sociales» se verront confier, dans certains cas, le processus de médiation¹⁴⁸. Les forces sociales incluent entre autres: les organisations de masse de base, les syndicats, les fédérations des femmes ou toute autre organisation pertinente choisie par le juge. Les «forces sociales» ne constituent-elles pas une nouvelle terminologie pour désigner tout simplement «les masses»? Les termes employés présentent une certaine ambiguïté car le juge demeure présent dans ce processus, même si une partie du travail est exécutée par les forces sociales. En outre, le juge en chef du tribunal ou le président de la cour populaire demeure maître du processus de médiation pour les cas difficiles ou «influent». Aussi, en pratique, la délégation de pouvoirs aux «forces sociales» demeure t-elle assez limitée.

Enfin, les juges chinois se voient confier la mission d'améliorer les normes et procédures de la médiation judiciaire¹⁴⁹. La formulation employée suscite plusieurs questions: les juges sont-ils appelés à codifier les nouvelles normes ainsi élaborées? Ces dernières comporteraient-elles une portée locale ou nationale? Dans l'état actuel des choses, l'appel à une approche «flexible», axée sur les circonstances particulières du cas, suggère que plusieurs pratiques de médiation judiciaires sont valables.

Les juges sont aussi en bute à une interférence importante dans leur processus décisionnel, de la part des autorités judiciaires du Parti¹⁵⁰. Le portrait d'ensemble est complexe et, à bien des égards, sombre. Les juges, subissent souvent une ingérence qui confine aux menaces de la part du comité judiciaire du Parti. Non seulement peuvent-ils être pénalisés personnellement s'ils décident de juger un cas en fonction de ses mérites et du droit applicable, mais encore tout le tribunal peut en pâtir sous la forme de réductions dans son budget de fonctionnement¹⁵¹. Une autre source importante de pressions exercées sur les juges réside dans le réseau de relations de ces derniers¹⁵². Ce fait est d'ailleurs expressément mentionné dans le *Code de conduite des juges*, à l'article 3: «Le juge doit adhérer à l'indépendance judiciaire en fonction des principes suivants : (...) Avoir le courage d'adhérer à des opinions correctes, résister volontairement aux

¹⁴⁸ *Several Opinions...*, *supra* note 141 article 11.

¹⁴⁹ *Several Opinions...*, *supra* note 141 article 12.

¹⁵⁰ Liu, *supra* note 49 aux pp. 92-95. Gechlik, *supra* note 52 aux pp. 114-118.

¹⁵¹ O'Brien et Li, *supra* note 73 à la p. 17.

¹⁵² Peerenboom, *China's Long March*, *supra* note 100 à la p. 315.

interférences du pouvoir, de l'argent, des relations humaines, des relations sociales, etc.»¹⁵³ Ces relations, le plus souvent, attendent des juges qu'ils contournent la règle de droit afin d'entendre des causes qui seraient autrement irrecevables, ou encore, afin de rendre une décision fondée sur les sentiments (*qinggan*) plutôt que sur le droit. De telles ingérences, de la part de l'État ou des particuliers, revêtent un caractère systématique, et prennent plusieurs formes, constituant un problème sérieux qui porte atteinte à l'intégrité de l'appareil judiciaire chinois. Il faut se garder de conclure à la corruption systématique, reposant sur la volonté de tous les acteurs. Les juges chinois qui veulent exécuter leur tâche avec honnêteté et impartialité sont en bute à des dilemmes qui ne sont pas le lot de la fonction judiciaire dans les pays développés. En revanche, ces problèmes invitent à relativiser l'impact de projets de coopération axés sur la professionnalisation de la magistrature.

Un développement, dans la pratique des juges, mérite d'être signalé: il s'agit de l'usage de l'Internet afin de consulter des décisions, lesquelles pourront guider les juges dans leur processus décisionnel. Deux auteurs, Benjamin L. Liebman et Yim Wu, ont consacré un texte à cette question¹⁵⁴. Il ressort de leur étude de terrain que les décisions de certaines cours sont considérées comme des modèles à suivre¹⁵⁵. L'étendue et l'influence de cette pratique demeurent mal mesurées, mais déjà, certaines questions émergent. Tout d'abord, à terme, cette pratique pourrait déboucher sur la constitution d'un système du précédent qui irait directement à l'encontre de la théorie officielle des sources en droit chinois¹⁵⁶. Par ailleurs, cette pratique ouvre-t-elle la porte à un «dialogue des juges» tel que cela se produit en Occident? Cette hypothèse, toutefois, se heurte à plusieurs difficultés dont la censure des sites Internet par les autorités chinoises, qui opère avec une redoutable efficacité¹⁵⁷. Il faut aussi tenir compte des inégalités dans l'accès à l'Internet, beaucoup plus rare dans les provinces pauvres de l'Ouest de la Chine que dans les provinces côtières. Néanmoins, ces développements présentent un intérêt certain en vue de recherches ultérieures.

¹⁵³ *Code de conduite des juges*, *supra* note 113, article 3. Notre traduction.

¹⁵⁴ Benjamin L. Liebman et Tim Wu, «China's Network Justice», publié sur le réseau SSRN en janvier 2007.

¹⁵⁵ Ainsi, Liebman et Wu mentionnent la cour du district de Haidian en matière de droits de propriété intellectuelle. Liebman et Wu, *supra* note 154 à la p. 32.

¹⁵⁶ Liebman et Wu, *supra* note 155 à la p. 28.

¹⁵⁷ Zheng Yongnian, *Technological Empowerment. The Internet, State and Society in China*, Stanford, Stanford University Press, 2008 aux pp. 57-68.

2.3 Des aspects méconnus du système judiciaire chinois

D'autres aspects du système judiciaire chinois sont moins connus en Occident et appellent aussi un réajustement de perspective.

Tout d'abord, eu égard au processus législatif, les présentations usuelles portant sur le droit chinois en langues occidentales mettent l'accent sur l'Assemblée Populaire Nationale de Chine (APN) à l'échelon central. S'il est vrai que l'APN constitue l'organe législatif central de Chine, il importe de noter qu'elle tient de très courtes sessions annuelles en mars. Ces sessions suffisent à peine afin d'adopter de nouvelles lois, dont la rédaction a été entamée ailleurs. Aussi le travail de rédaction des lois est-il majoritairement effectué par le comité permanent de l'APN qui se réunit tout au long de l'année. Les modifications législatives figurent rarement à l'ordre du jour en raison de l'agenda trop chargé de l'APN. Mais il y a plus. Le rôle des APN provinciales est largement sous-estimé par les chercheurs occidentaux. Or, ces dernières détiennent un pouvoir réglementaire considérable qui affecte plus visiblement la population locale que les lois promulguées à l'échelle nationale. Le premier contact d'un justiciable chinois avec le droit légiféré a lieu le plus souvent lorsqu'il invoque ou conteste un règlement local. Cette réalité demeure méconnue en Occident, notamment, il est vrai, en raison des difficultés d'accès aux règlements locaux.

La procédure du *li an* (littéralement: édifier le cas), par laquelle une chambre du tribunal décide d'accepter ou de refuser une cause¹⁵⁸, mérite de plus amples investigations. Une chambre spécifique du tribunal, le *li an ting*, décide de la recevabilité de l'action en justice et sa décision s'impose, en principe, aux autres chambres du tribunal¹⁵⁹. Cette pratique est évoquée en termes vagues dans la *Loi sur la procédure civile*. Les critères d'acceptation d'une action en justice se retrouvent à l'article 108: il faut que le plaignant soit une personne physique et un citoyen, ou une personne morale, ayant un intérêt pour agir; il faut un défendeur précis et identifié; il faut une ou des réclamations précises. L'alinéa 4 est celui qui présente le plus d'intérêt pour nos fins:

¹⁵⁸ Ying Xing *supra* note 51 à la p. 89; Cai, «Development...» *supra* note 46 à la p. 150 .

¹⁵⁹ Cette pratique n'est explicitée nulle part mais Ying Xing souligne que les juges peuvent, dans certains cas, renverser la décision de cette chambre .

« The suit is within the scope of acceptance for a civil lawsuit by the people's court and under the jurisdiction of the people's court where the suit is entertained»¹⁶⁰. Si la référence à la compétence territoriale du tribunal est normale, la formulation «within the scope of acceptance» , pour sa part, frappe par son caractère vague. Dans la mesure où les auteurs chinois dénoncent le fait que certaines actions en justice répondant aux conditions de l'article 108 ne sont pas acceptées pour fins d'instruction, il faut voir dans cette formulation autre chose qu'une référence à la simple compétence *ratione materiae*¹⁶¹. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui pourrait servir à éviter d'avoir à instruire des causes jugées trop problématiques sur le plan politique. Au-delà du potentiel de corruption qu'y voit Cai Dingjian¹⁶², l'explication avancée ci-haut trouve un certain fondement lorsqu'on se reporte au texte de Ying Xing. Il affirme précisément que les tribunaux peuvent refuser d'instruire des causes susceptibles de porter atteinte à la politique de *anding tuanjie*, et ce, à l'étape du *li an*¹⁶³.

La partie qui initie la poursuite doit soumettre les actes de procédure pertinents au tribunal et peut faire ses représentations par écrit ou oralement quant à la recevabilité de sa cause¹⁶⁴. Cependant, la loi ne précise pas qui entend ces représentations, l'expression employée faisant uniquement référence au «tribunal». Il n'est aucunement fait mention d'une audience formelle afin de débattre de la recevabilité, cependant, il ressort de la procédure du *li an* une étape préliminaire importante. Aux termes de l'article 112 de la *Loi sur la procédure civile*, le tribunal doit, dans les 7 jours suivant la réception des actes de procédure d'un plaignant, les examiner et rendre une décision quant à la recevabilité de l'action en justice. Si le tribunal refuse d'être saisi de l'action en justice, au motif que les actes de procédure soumis ne répondent pas aux conditions énoncées à l'article 108, une partie peut faire appel. Toutefois, aucun détail sur l'appel n'est fourni dans la *Loi sur la procédure civile*. Lorsque le tribunal décide d'accepter l'action en justice, elle l'inscrit sur le rôle dans les 7 jours suivant sa décision et en avise les parties¹⁶⁵. Cette pratique du *li an* diffère nettement de la procédure en monde anglo-américain où il revient aux parties, dans le cadre de l'instance, de soulever une objection

¹⁶⁰ Art. 108 , *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86.

¹⁶¹ Cai , «Lishi yu biange», *supra* note 116 à la p. 336

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Ying Xing, *supra* note 51 à la p. 89.

¹⁶⁴ Art 109 , *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86.

¹⁶⁵ Art 112 , *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86.

à la recevabilité de l'action en justice à titre de moyen préliminaire ou d'exception déclinatoire. En tous les cas, le *li an* mérite plus d'attention de la part des chercheurs afin de mieux cerner le fonctionnement de l'appareil judiciaire chinois.

En troisième lieu, le caractère final des jugements rendus par les tribunaux chinois en matière civile est très fragilisé¹⁶⁶. Cette situation de faiblesse de la chose jugée persiste aujourd'hui et certaines causes tiennent en partie à la législation elle-même. D'autres tiennent aux pouvoirs des APN locales de procéder à une révision de certains jugements à la demande «des masses»¹⁶⁷. Dans les deux cas, il s'agit de procédures distinctes d'un appel, lequel est expressément prévu dans la *Loi sur la procédure civile* à son chapitre XIV entre les articles 147 et 159. Pour nos fins, l'examen de la procédure de révision se limitera aux fondements législatifs énoncés dans la *Loi sur la procédure civile*. Cette procédure peut être initiée soit par une cour¹⁶⁸, soit par les parties¹⁶⁹, soit par le parquet¹⁷⁰. Dans le premier cas, la révision a lieu sans que les parties ne l'aient demandé, à l'initiative ou bien d'un juge de la cour qui a rendu le jugement ou d'une cour supérieure. La révision peut être effectuée par la cour populaire supérieure. Cette dernière peut aussi décider de laisser la cour d'où émane le jugement procéder à la révision. Aucun délai n'est précisé dans la *Loi sur la procédure civile* pour l'exercice de ce pouvoir. Le motif donnant ouverture à la révision est «l'erreur nette», tel qu'il est stipulé à l'article 177.

Les parties, pour leur part, doivent, si elles demandent une révision, déposer une requête à cet effet au plus tard dans les deux années écoulées à partir de la date du jugement visé¹⁷¹. Cependant, un jugement ayant prononcé la dissolution du mariage échappe à cette procédure de révision¹⁷². Les motifs permettant aux parties d'initier la procédure sont plus variés, énoncés à l'article 179. Tout d'abord, la possession de

¹⁶⁶ Liu Nanping, «Vulnerable Justice: Finality of Civil Judgments in China» (1999) 13 *Colum.J. Asian L.* 35.

¹⁶⁷ Lubman, «Chinese courts...» *supra* note 108 à la p. 211.

¹⁶⁸ Art. 177, *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86.

¹⁶⁹ Art. 178, 182, *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86. Dans la version de 2007, il faut se reporter au nouvel article 179 qui augmente le nombre de motifs pouvant être invoqués par une partie à l'appui de sa demande.

¹⁷⁰ Art. 186, *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86. Dans la version de 2007, il faut consulter les articles 185 et 186.

¹⁷¹ Art. 178, *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86.. Dans la version de 2007, il faut se reporter à l'article 184.

¹⁷² Art. 181, *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86. Dans la version de 2007, il s'agit de l'article 183.

nouveaux éléments de preuve qui permettraient de renverser le jugement rendu, ou , à l'inverse, établir que le jugement initial a été rendu alors que la preuve était insuffisante pour étayer les conclusions du tribunal¹⁷³. Le droit chinois admet les moyens de preuve suivants: l'écrit, le document audio-visuel, le témoignage, y compris celui du témoin expert, l'élément matériel de preuve , de même que les déclarations des parties¹⁷⁴. L'erreur de droit constitue un autre motif, de même que la violation, par le tribunal, des procédures judiciaires, à condition que cette violation ait affecté l'issue du jugement¹⁷⁵. De nouveaux motifs, issus de la révision de 2007, se rattachent au pouvoir du tribunal de contrôler le respect des procédures par lesquelles l'audience s'est déroulée. Certains de ses motifs témoignent d'une orientation vers le modèle contradictoire, comme le fait qu'un élément de preuve central n'a pas fait l'objet d'un interrogatoire ou encore, que le droit au débat des parties n'a pas été respecté¹⁷⁶. Le dernier motif se rattache au problème de la corruption de la part du personnel judiciaire, si âprement dénoncée par Cai Dingjian¹⁷⁷. Ainsi, si une partie démontre que le juge a accepté un pot-de-vin ou «perverti le droit» de tout autre manière, elle verra sa demande de révision acceptée. Le libellé de l'article 179 suggère qu'il s'agit d'une énumération limitative car les demandes de révision d'une partie ne correspondant pas à l'un des motifs précités doivent être rejetées¹⁷⁸. Lorsque la cour a décidé de procéder à la révision, l'effet du jugement initial est suspendu¹⁷⁹. Lubman éclaire quelque peu le processus. Dans un premier temps, la cour supérieure peut affirmer le jugement initial, ou décider qu'il doit être corrigé, ou encore, renversé. Les discussions revêtent un caractère informel entre le tribunal qui a rendu le jugement et la cour supérieure. Par la suite, les procédures deviennent plus officielles lorsque la cour supérieure renvoie le dossier au tribunal de première instance. Ce dernier peut être réticent à procéder à la révision et si tel est le cas, la cour supérieure

¹⁷³ Art. 179 (1) et 179 (2) *Loi sur la procédure civile*, supra note 86.

¹⁷⁴ Art. 63, *Loi sur la procédure civile*, supra note 86. Il est fait mention des registres d'inspection, qui rejoignent la preuve écrite. Par ailleurs, la LPC ne précise pas si les déclarations des parties sont extrajudiciaires mais comme elles sont distinctes du témoignage, cette hypothèse est probable.

¹⁷⁵ Art. 179(3) et 179 (4) *Loi sur la procédure civile*, supra note 86.

¹⁷⁶ Nouvel article 179 , alinéas 4 et 10, *Loi sur la procédure civile*, supra note 86.

¹⁷⁷ Cai , «Development...» , supra note 46 aux pp. 148-153.

¹⁷⁸ Cette interprétation, émise sur la base de la version de 1991, est confirmée dans le nouvel article 181 issu de la version de 2007.

¹⁷⁹ Art. 183, *Loi sur la procédure civile*, supra note 86. Dans la version de 2007, il faut se reporter à l'article 185.

émet une ordonnance de réouverture¹⁸⁰. Les demandes de révision initiées par le parquet s'appuient pour leur part sur des motifs différents de ceux invoqués par les cours¹⁸¹. Dans ce cas précis, une cour populaire a l'obligation de réviser un jugement contre lequel le parquet a déposé une requête en révision¹⁸². La conception chinoise du système judiciaire accorde donc encore une large place à la justice substantielle, au point de porter atteinte, parfois, à la certitude du droit.

Les réformes juridiques chinoises en cours sont riches en développements et porteuses de multiples interrogations quant à leur avenir. Le recours important aux transferts de droit se traduit par du droit légiféré qui ne se classe plus dans un «système juridique» ou un autre mais, au contraire, en combine plusieurs, à des degrés variables. Ces développements, donne incontournable, ne sont pas propres à la Chine. Ils interpellent cependant les juristes, sous plus d'un chef.

Tout d'abord, comment les juristes chinois apprécient-ils le recours aux modèles juridiques étrangers ? Sur ce point, force est de constater que le débat autour des paradigmes locaux demeure peu connu en Occident. Or, parce qu'il met en lumière des susceptibilités identitaires, il importe de prendre connaissance de son existence. La dépréciation dont fait encore l'objet la tradition juridique chinoise, de la part de certains juristes occidentaux, ne peut que blesser les Chinois et conforter les juristes hostiles aux transferts de droit dans leurs positions à la limite, parfois, de l'anti-occidentalisme. Un second thème d'intérêt réside dans la circulation de la common law et du droit civil en Chine. Si, pour des raisons historiques, le modèle de droit civil a été privilégié, cette position de prééminence n'est pas garantie dans le long terme en Chine. D'une part, il faut compter avec la diffusion de la common law, qui s'effectue par de multiples canaux . D'autre part, l'existence d'un camp syncrétique chez les juristes chinois, appelant à emprunter simultanément au droit civil et à la common law, incite à une certaine prudence dans les perceptions occidentales des réformes juridiques en cours. La prégnance de la notion de «système juridique» dessert parfois les juristes occidentaux confrontés à une tradition philosophique chinoise habituée depuis longtemps à

¹⁸⁰ Lubman, *Bird in a Cage*, *supra* note 60 à la p. 270.

¹⁸¹ Art.187, *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86 (version de 2007). Le nouvel article 187 renvoie aux motifs du nouvel article 179.

¹⁸² Art. 186, *Loi sur la procédure civile*, *supra* note 86. Dans la version de 2007, il s'agit de l'article 188.

combiner des éléments en apparence contraires, voire contradictoires. Les juristes chinois abordent les modèles juridiques étrangers avec intérêt, certes, mais sans développer avec ceux-ci de rapport identitaire. Les regards chinois sur la common law et sur le droit civil pèchent parfois par un essentialisme équivalent à celui de certains regards occidentaux sur la tradition juridique chinoise. Les juristes chinois sont mus par une quête de modernité qui ne rejoint pas les juristes occidentaux, pour qui cette question ne se pose tout simplement pas. Il y a lieu d'ajuster, de part et d'autre, les perspectives, sous peine de rester condamnés à des discussions sur le mode parallèle. L'accès aux droits étrangers demeure limité pour les juristes chinois qui n'ont pas étudié en Occident. L'accès au droit chinois pose lui aussi certains problèmes pour les juristes occidentaux, en raison, notamment, de la formidable barrière de langue. À cela s'ajoutent les contraintes de la censure, affectant les juristes chinois et occidentaux dans leur travail.

Le discours des autorités chinoises sur la «société harmonieuse» comporte un impact réel et encore mal mesuré sur les réformes juridiques chinoises. D'une part, ce discours véhicule des représentations de la tradition juridique chinoise, passée et présente, s'inscrivant dans le paradigme de l'harmonie. Or, plusieurs travaux de chercheurs chinois et occidentaux invitent à aborder cette image avec précaution, compte tenu de l'importance des recours aux tribunaux étatiques intentés par les justiciables chinois, tant en Chine impériale que dans la société chinoise du XXI^e siècle. Dans le même temps, cette rhétorique de l'harmonie pèse lourd sur la pratique des juges, surtout depuis 2005. La traduction concrète de cette rhétorique réside dans la valorisation de la médiation judiciaire comme premier mode de résolution des différends en matière civile. Tous ces éléments, associés à une vision du juge chinois comme travailleur de l'État, nous incitent à approfondir notre compréhension de la fonction judiciaire chinoise dans son contexte.

Finalement, le système judiciaire chinois présente des particularités qui invitent à réviser ce que nous croyons savoir de son fonctionnement. Les sources du droit chinois sont multiples et difficiles à cerner en dépit de la conception rigoureusement légicentrique mise de l'avant par les autorités chinoises. Un aspect du processus législatif, en particulier, demeure obscur, soit celui du rôle des Assemblées Populaires locales, dotées d'un important pouvoir réglementaire. La tendance des chercheurs étant

de se concentrer sur l'Assemblée Populaire Nationale sise à Beijing, n'avons-nous pas, de ce fait, une vision un peu tronquée du processus législatif chinois ? Les questions soulevées par la procédure du *li an* et le caractère fragile de la chose jugée, pour leur part, renvoient à des notions de procédure civile auxquelles les chercheurs s'attardent peu en Occident. Aux termes de la révision de la Loi sur la procédure, en 2007, il se dessine un glissement, plus ou moins perceptible, vers le modèle contradictoire du procès civil. La démarche de connaissance du droit chinois oblige donc les juristes occidentaux à revenir sur les bancs d'école afin de s'approprier les regards chinois sur des notions fondamentales, transposées dans un contexte qui en colore fortement la réception.
